



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

DÉBORA CORREIA DE ARAÚJO MACIEL

**OS LIMITES DO ARGUMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COM
RELAÇÃO AO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
PRESENTE NA RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC: Um estudo a partir da *judicial review*
norte-americana e da análise do instituto da súmula vinculante.**

Brasília, 2011

DÉBORA CORREIA DE ARAUJO MACIEL

**OS LIMITES DO ARGUMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COM
RELAÇÃO AO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
PRESENTE NA RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC: Um estudo a partir da *judicial review*
norte-americana e da análise do instituto da súmula vinculante.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito,
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Henrique S. Simon

Brasília, 2011

Aos meus pais, Mariângela e Edvaldo;

Aos meus irmãos Thales e Juliana;

À meu amigo Beto;

*Ao meu namorado, demais familiares e amigos que me deram apoio e credibilidade
nesse desafio.*

Dedico.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal vigente, sugerida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na qualidade de relator, quando do julgamento da Reclamação 4.335-5/AC. Nesse sentido, discute a legitimidade da proposta suscitada à luz da doutrina da *judicial review* norte-americana, observando que, pela releitura sugerida, o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Supremo Tribunal Federal, na via difusa, teria eficácia “*erga omnes*” independentemente da manifestação do Senado Federal, tal como ocorre nos Estados Unidos, onde o alcance da decisão emitida pela Suprema Corte no controle jurisdicional, que a princípio seria “*inter partes*”, pela tradição do *stare decisis*, carrega efeitos gerais. Partindo da análise dos votos já proferidos no julgamento da Reclamação, ao longo do trabalho, é estabelecido um comparativo entre o exercício do controle jurisdicional pela via de exceção em ambos os países, passando-se, ao final, à discussão do papel peculiar que o instituto da súmula vinculante desempenha no direito pátrio. Por este caminho, chega-se ao questionamento: a prática da *judicial review* norte-americana e o instituto da súmula vinculante permitem legitimidade à proposta de mutação sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes? A resposta que se encontra aponta no sentido de que embora seus argumentos se conformem na referida doutrina, a incorporação deste instituto pelo direito brasileiro, já garante ao Supremo Tribunal a possibilidade de atribuir eficácia *erga omnes* aos seus juízos incidentais de inconstitucionalidade, dotando de características próprias o modelo de controle pátrio, ao tempo em que o afasta da prática americana. Assim, conclui-se pela manutenção da leitura tradicional do dispositivo.

Palavras- chave: mutação constitucional, legitimidade, *judicial review*, eficácia *erga omnes*, súmula vinculante.

ABSTRACT

The present thesis work aims to analyze the proposed constitutional mutation of article 52, section X of the Federal Constitution of 1988, as suggested by the Minister Gilmar Ferreira Mendes, as rapporteur, during the trial of the Complaint 4.335-5/AC. Accordingly, this work discusses the legitimacy of the proposal raised in the light of the north american doctrine the judicial review, noting, by the suggested reading, that the Supreme Court's unconstitutionality judgment, in via diffuse, would have "*erga omnes*" effectiveness, regardless of the the Senate's manifestation, as it occurs in the United States, where the scope of the decision issued by the Supreme Court on jurisdictional control, which at first would be "between the parties", by the tradition of the *stare decisis*, carries on general effects. Based on the analysis of the votes already delivered on the trial of the Complaint, throughout the work, it is established a comparison between the exercise of judicial control by way of exception in both countries, moving on, at the end, to the discussion of the peculiar role that the institute of the *súmula vinculante* plays in Brazilian law. This Way, one reaches the question: do the practice of the north American judicial review and the regime of the *súmula vinculante* grant legitimacy to the proposal of mutation suggest by the Minister Gilmar Mendes? The given answer points to the sense that, although his arguments conform with that doctrine, the incorporation of this institute by Brazilian law already grants the Supreme Court the power to assign *erga omnes* effect to their incidental judgments of unconstitutionality, giving own characteristics to the model of parental control, by the time in which it departs from the American practice. Thus, we conclude by maintaining the traditional reading of the device.

Keywords: constitutional mutation, legitimacy, judicial review, "*erga omnes*" effectiveness, *súmula vinculante*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A RECLAMAÇÃO 4.335-5/ACRE.....	7
1. O caso concreto	7
2. O Voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes (01/02/2007)	9
3. O voto do Ministro Eros Roberto Grau (19/04/2007)	17
4. Confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (19/04/2007)	20
5. Voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence (19/04/2007)	23
6. Voto do Ministro Joaquim Barbosa (19/04/2007).....	25
2. SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL BRASILEIRO: SUA ORIGEM E FUNDAMENTO NA DOUTRINA DA <i>JUDICIAL REVIEW</i>.	28
1. Generalidades	28
2. <i>MARBURY V. MADISON</i> : Os fundamentos do controle de constitucionalidade difuso.	28
3. Características do atual modelo americano de controle de constitucionalidade das leis..	33
4. Histórico do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.	40
5. O controle de constitucionalidade pela via difusa/concreto no Direito Brasileiro.	47
5.1 <i>Características gerais do controle difuso</i>	47
5.2 <i>O exercício do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.....</i>	53
3. A PROPOSTA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DA DOUTRINA DA <i>JUDICIAL REVIEW</i>, E O OBSTÁCULO DA SÚMULA VINCULANTE.....	56
1. A proposta de mutação constitucional: os argumentos.	56
2. A legitimidade da proposta em conformidade ao modelo de controle jurisdicional norte- americano.....	60
3. O obstáculo da súmula vinculante: o papel desempenhado pelo instituto no direito brasileiro.	64
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico destina-se à análise dos limites da proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, suscitada no âmbito da reclamação 4335-5/AC, pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes.

Embora abranja discussão polêmica que alcança amplos horizontes, o presente estudo será restrito a viabilidade da releitura atribuída ao ato do Senado Federal - de expedição de resolução para suspender a execução de lei declara inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal –, a partir da *judicial review* norte-americana e da análise do instituto da súmula vinculante, não se perquirindo sobre outros debates tais como a natureza jurídica do instituto da mutação constitucional.

Para conduzir a pesquisa, a metodologia utilizada será fundada no método jurídico dogmático, ou seja, partirá da análise de postulados doutrinários e jurisprudenciais.

Sabe-se que a Carta Magna vigente, seguindo a tradição brasileira iniciada com a Constituição de 1934, outorga ao Senado Federal – art. 52, inciso X - a competência para suspender a execução de lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que esta decisão, que a princípio repercutiria somente entre as partes, alcance eficácia geral - *erga omnes*.

Todavia, são inquestionáveis hipóteses em que, hodiernamente, as decisões emanadas pelo Tribunal na via difusa, transcendem as situações particulares postas em exame, influenciando ou até mesmo vinculando decisões futuras de outros juízos, independentemente de manifestação daquela Casa Parlamentar.

É então neste contexto que o Ministro Gilmar Mendes pugna pela releitura do dispositivo constitucional, argumentando tratar-se de fórmula arcaica, a fim de que a resolução expedida pelo Senado Federal tenha o simples condão de publicizar o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Supremo na via de exceção.

Por esta medida, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concreto passariam a carregar eficácia *erga omnes* e força vinculante, dispensando a participação do Senado Federal, tal qual ocorre com as decisões emanadas pela Suprema Corte Americana no controle jurisdicional, quando, em observância ao instituto do *stare decisis*, alcançam eficácia *erga omnes*.

Em direção ao objetivo proposto, o primeiro capítulo deste trabalho, trabalhará a análise dos votos já proferidos na Reclamação 4.335-5/AC - considerando que até o presente momento seu julgamento não findou -, abordando de maneira clara os argumentos favoráveis e contrários à proposta.

Sabendo que a compreensão do funcionamento da *judicial review* nos Estados Unidos é de fundamental importância para que se compreenda sua influência sob o direito pátrio, no segundo capítulo, serão tecidas considerações históricas acerca daquele modelo de controle jurisdicional, desde o seu surgimento, com ênfase para as suas características atuais. A seguir, será desenvolvido um breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a sua origem sob a influência da doutrina estadinudense até a sua consolidação sob a forma híbrida - após a recepção do modelo europeu de controle abstrato -, com destaque para as características atuais do seu exercício pela via de exceção.

No terceiro capítulo serão retomados os argumentos favoráveis e contrários à proposta do Ministro Gilmar Mendes, e estabelecido um comparativo entre o exercício do controle jurisdicional pela via de exceção em ambos os países – Brasil e Estados Unidos-, enfatizando como o modelo constitucional americano irradia-se pelo ordenamento pátrio. Por fim, o estudo se voltará para o papel peculiar que o instituto da súmula vinculante desempenha no direito pátrio e seus efeitos, como argumento suscitado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa em oposição à sugestão de mutação do dispositivo constitucional.

1. A RECLAMAÇÃO 4.335-5/ACRE

1. O caso concreto

Nos dizeres de Diddier Junior e Cunha¹, a reclamação é uma ação de natureza constitucional, cuja competência para julgamento está reservada aos Tribunais Superiores, nesse sentido, assevera José da Silva Pacheco, que o seu objeto constitui-se “na preservação da competência do STF e STJ, e na garantia da autoridade de suas decisões²”.

Em outras palavras, no âmbito da Suprema Corte, o instituto da reclamação constitucional pode ser entendido como o genuíno instrumento processual que se destina a garantir a **supremacia das decisões** e a **competência** do Supremo Tribunal Federal. É o caminho utilizado para combater as hipóteses de desrespeito pelos órgãos administrativos ou jurisdicionais de instâncias ordinárias, aos pronunciamentos ou limites de competência do Tribunal, e encontra respaldo nos artigos 102, I, I, e 103-A, §3º da Constituição Federal, sendo regulamentado pelos artigos 156 a 162 do seu Regimento Interno, e pelos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90.

Para analisar a reclamação 4335-5 AC, inicialmente, imprescindível recordar o julgamento do *habeas corpus* 82.959-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal- fevereiro de 2006, *DJ* de 01.09.2006-, onde por maioria, a Suprema Corte declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos (8.072/90):

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.³

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 335.

² PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 605.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-SP**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 31/03/2011.

Nesta esteira cuida o presente de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em defesa dos interesses de *Odilon Antônio da Silva Lopes, Antonio Edinezio de Oliveira Leão, Silvinho Silva de Miranda, Dorian Roberto Cavalcanti Braga, Raimundo Pimentel Soares, Deires Jhanes Saraiva de Queiroz, Antonio Ferreira da Silva, Gessyfran Martins Cavalcante, João Alves da Silva e André Richarde Nascimento de Souza*, condenados por cometimento de crimes hediondos, os quais tiveram indeferidos pedidos de progressão de regime, por decisão emanada pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, capital do Acre.

O reclamante, em defesa dos apenados listados acima, condenados à pena de reclusão em regime integralmente fechado, alega o descumprimento pelo Juiz da Vara das Execuções da Comarca de Rio Branco, da decisão emanada pelo STF no HC 82.959, a qual considerou inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei 8072/1990.

Tal pedido foi indeferido pelo reclamado nos seguintes termos:

Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado ‘incidenter tantum’ a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria, que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes. Para que se estenda os seus efeitos erga omnes, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: "...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...")⁴.

Em decisão liminar datada de 21/08/2006, proferida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, afastou-se até a decisão final desta reclamação a proibição da progressão de regime:

Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de habeas corpus de ofício, "sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...)."

Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a

⁴ Trecho da decisão recorrida. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011

vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação.⁵

Tendo a Procuradoria Geral da República se manifestado pelo não cabimento da reclamação e não conhecimento do pedido, em 01/02/2007 o julgamento foi a plenário.

Iniciado o julgamento em 01/02/2007, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), que opinou pela procedência da reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau⁶.

Retomando a sessão plenária no dia 19/04/2007, após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgou procedente a reclamação, se manifestou o Ministro Relator Gilmar Mendes para reiterar o pronunciamento feito no dia 01/02/2007. Em seguida, votou o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e, após, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conheceu da reclamação, mas igualmente concedeu o *habeas corpus*. Por fim, se manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski, pedindo vista aos autos⁷.

Presentemente, o andamento processual se nos apresenta da seguinte maneira: “10/02/2011 Vista – Devolução dos autos para julgamento⁸”.

Neste passo, estando a reclamação pendente de julgamento até o momento do presente trabalho, passa-se à análise dos votos já proferidos.

2. O Voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes (01/02/2007)

Aduzido pelo Ministério Público não ser hipótese de garantir a autoridade de decisão da Suprema Corte, tendo em vista a inexistência de decisão proferida a ser preservada pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal de Rio Branco, após seu relatório

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – decisão liminar**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 30/03/2011.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC - andamento**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 02/04/2011.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC - andamento**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 02/04/2011.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC - andamento**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 02/04/2011.

– onde é citada na íntegra a decisão combatida pelo reclamante-, e antes de adentrar ao mérito da questão, preliminarmente, o ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator, analisa o cabimento da reclamação.

Entendendo não tratar-se de instituto incabível, argumenta:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. **No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. (grifos nossos)**⁹

No mesmo passo, segue citando a ementa do referido julgado (Rcl-Agr 1.880), o qual reconheceu legitimidade ativa a todos os prejudicados por decisões proferidas tanto por órgãos do Poder Judiciário quanto por órgãos da Administração Pública em todos os níveis, quando contrárias a decisão da Suprema Corte, para intentarem reclamação, ampliando o conceito de partes interessadas (Lei 8.039/90, artigo 13).¹⁰

Continua o Eminentíssimo Relator sustentando que “tendo sido o instrumento da reclamação utilizado em consonância com a sua destinação constitucional: a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal; no caso a do HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º.9.2006”¹¹, dá-se por superada a questão, cabendo a análise da decisão combatida pelo reclamante, na qual asseverou o reclamado que somente seria possível a eficácia em favor de todos da decisão proferida pela Suprema Corte no HC 82.959/SP, após o cumprimento da formalidade prevista do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, por meio da expedição de Resolução pelo Senado Federal.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹²

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.09.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 1.880-6 SP - Agravo**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+1880%2E+NUMERO%2E+29+OU+%28Rcl%2E+ACMS%2E+ADJ2+1880%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordados>>. Acesso em: 03/04/2011.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.09.

¹² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

Nesta esteira o Ministro Gilmar Mendes passa então a discutir o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro, os efeitos, a natureza, o caráter e a abrangência da resolução elaborada por àquele órgão (artigo 52, X, CF), bem como a pertinência da suspensão nas decisões de inconstitucionalidade *incidenter tantum* ou na via direta.

De início ressalva que o instituto teve sua origem na Constituição de 1934, inspirado no que o Direito norte-americano convencionou chamar *stare decisis*.

Segue então pontuando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, destacando as posições majoritárias. Quanto aos efeitos que deveriam ser reconhecidos ao instituto:

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido, **inicialmente, que o ato do Senado emprestava eficácia genérica à decisão definitiva**. Assim, a suspensão tinha o condão de dar alcance normativo ao julgado do Supremo Tribunal Federal¹³ (*grifos nossos*)

No tocante a dimensão desta eficácia ampla:

Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Já em relação a necessidade de comunicação ao Senado da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, informando sobre a ausência de disciplina sobre a matéria, o Eminent Relator traz à baila discussões do Supremo Tribunal, que se encarregou do tema:

Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato). Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69¹⁵.

¹³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.12-13.

¹⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P. 22-23.

¹⁵A referência ao artigo 42, VII da Constituição de 1967/69 diz respeito ao instituto previsto 52, X da Constituição Federal vigente. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011.P.24.

Daí em diante **limitando-se a análise do instituto sob a égide da Constituição Federal de 1988** sustenta que, como supracitada, a **amplitude que se deu ao controle abstrato de normas**, com a possibilidade hoje de que a Suprema Corte **suspenda inclusive liminarmente a eficácia de uma lei ou até de uma Emenda Constitucional com efeito geral**, não existe justificativa para a decisão proferida no controle incidental valer somente entre as partes, revelando “uma índole exclusivamente histórica” ao “instituto da suspensão pelo Senado”¹⁶.

Continua elencando outras hipóteses em que não tem serventia o instituto da suspensão pelo Senado Federal: quando o Supremo adota interpretação de determinada lei conforme à Constituição, reduzindo seu significado literal; quando há declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto; nos casos em que é rejeitada argüição de inconstitucionalidade; quando a Corte ao prover ou não um recurso fixa uma interpretação da Constituição; ou quando declarada não recepção de lei pré-constitucional¹⁷.

Por fim destaca “que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal¹⁸”, e continua “não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal¹⁹”.

Conclui assim (pelas exposições), que resta prejudicada a atividade inicial da Casa Parlamentar, sendo devido, nesse contexto, um novo significado ao instituto da suspensão de execução pelo Senado, no âmbito da Constituição de 1988.

Reforçando sua tese o Min. Gilmar Mendes trás à tona o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que já existindo naquela Corte pronunciamento sobre a constitucionalidade de determinada lei, é dispensada nova submissão daquela matéria ao plenário – consoante prevê artigo 97 da Constituição Federal -, podendo, a partir da deliberação inicial, os órgãos parciais de outros tribunais acolhê-la para fundamentar suas decisões em casos concretos ulteriores.

¹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.25.

¹⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P. 25-27.

¹⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

¹⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

Muito embora esse entendimento tenha se amparado no fato de que a reserva de plenário prevista na Constituição funda-se precipuamente na presunção de constitucionalidade que protege as leis e os atos normativos, segundo o Ministro:

é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998)²⁰.

Amparado pelos argumentos expostos o Eminentíssimo Relator passa então a propor uma releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. A seu ver, quando o instituto foi adotado no Brasil, no texto constitucional de 1934, fundava-se em uma concepção divisão de poderes, hoje superada. Nesse sentido, embora preservado o instituto até a Constituição vigente, perdeu em grande parte o seu significado.

Ressalte-se que, como já argüido, essa mudança esteve atrelada ao surgimento do controle abstrato de normas e a ampla legitimação do direito de propositura da ação direta de constitucionalidade²¹.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas²².

Citando Anchütz, o Relator ressalta a tese de que ao ampliar o rol de legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre questões

²⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.50.

²¹Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

²²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.33.

constitucionais no controle abstrato de normas, reduz-se a amplitude da jurisdição ordinária e do controle constitucional difuso.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso ou incidental*, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal²³.

Nesse ponto do julgado, o Ministro Gilmar Mendes incrementa a discussão apontando que, embora a doutrina e a jurisprudência do próprio Supremo reiterem os ensinamentos americanos no sentido da inexistência jurídica da lei declarada inconstitucional -teoria da nulidade da lei inconstitucional-, a interpretação que se deu ao artigo 52, X, da Constituição Federal, negam a sua concretização.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da Lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação²⁴.

Nesse sentido, o eminente Relator defende a posição isolada sustentada por Lúcio Bittencourt, a qual prega que, interpretando- se como vinha sendo feito o instituto da suspensão pela Casa Parlamentar, caso diante da manifestação do Supremo Tribunal Federal, o Senado permanecesse inerte, a lei declarada inconstitucional continuaria a produzir efeitos, o que seria “(..) a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário²⁵”. Assim, de forma coerente, ao Senado Federal caberia apenas tornar pública a decisão do Tribunal.

No tocante à legislação processual que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - instrumento subsidiário para resolver questões

²³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.33-34.

²⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.39.

²⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.40.

não abrangidas pelo controle concentrado²⁶-, o Ministro Gilmar Mendes revela mais uma inconsistência do sistema atual, esclarecendo que “a decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*²⁷”, enquanto “(...) a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*²⁸”.

Esclarece também que, no tocante aos recursos especial e extraordinário, o Código de Processo Civil admite a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso quando a decisão combatida for de encontro a súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que consignaria mais uma vez o desejo do legislador em estender os efeitos da decisão do Tribunal – ainda que nas hipóteses de inconstitucionalidade incidental, onde prevista a necessidade de manifestação do Senado.

Segue tecendo ainda outras hipóteses nas quais evidenciam-se que o Tribunal, bem como o legislativo, tem passado a reconhecer **efeitos transcendentais** às decisões proferidas em controle incidental, independentemente do ato do Senado.

Nesse sentido, destaca que a adoção da súmula vinculante teria “reforçado a idéia de superação do referido artigo 42, inciso X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal²⁹”.

Por fim, ante todo o contexto, segundo o ilustre Ministro, “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental³⁰”.

Amparado então no conjunto de exposições, o emérito Relator sugere uma autêntica mutação constitucional e propõe a releitura da regra prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal, ou em outros termos, uma autêntica reforma da Carta Magna sem

²⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.41.

²⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.41.

²⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.41.

²⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.56.

³⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.52.

expressa modificação de texto, para concordar com o posicionamento inicial de Lúcio Bittencourt.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça)³¹.

Conseqüentemente, a não publicação de resolução pelo Senado Federal não teria o condão de impedir a extensão dos efeitos de decisão proferida pelo Supremo. Então, estando desvinculado dos atos daquela casa Parlamentar, caberia ao tribunal definir os efeitos de sua decisão.

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988³².

Nesse passo, tendo concedido liminar no caso em apreço para que fosse afastada a vedação legal de progressão de regime aos apenados representados pelo reclamante³³, o ilustre Ministro Gilmar Mendes termina seu discurso julgando procedente a presente reclamação - por entender dotada de efeitos *erga omnes* a decisão proferida pelo Tribunal no HC 82.959 -, para cassar a decisão combatida, cabendo ao juiz reclamado proferir nova decisão analisando se no caso concreto os interessados atendem aos requisitos para gozar do benefício de progressão de regime.

³¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.54.

³²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.56.

³³(...) Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação (...). **Reclamação 4335-5 AC** - decisão liminar em *Habeas Corpus* de ofício proferida em 21/08/2006 – Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>

3. O voto do Ministro Eros Roberto Grau (19/04/2007)

O Min. Eros Grau, de início, traça em seu voto algumas considerações sobre o dinamismo do direito. Amparado nos ensinamentos de *Paolo Grossi*, esclarece que no direito hão de harmonizar-se duas forças, uma tendente à rigidez (do texto), outra a elasticidade (interpretação).

Para melhor compreender essa oposição afirma o Ministro que é preciso enxergar a dissociação entre *texto* (fruto do processo legislativo) e *norma* (produzida no bojo da interpretação), e ao mesmo tempo entendê-los como um todo, preconizando que os dois momentos não pretendem uma cisão jurídica, mas ao revés “(...) percorrem o processo que o direito é, de sorte que se deve afirmar que ele é um dinamismo³⁴”.

Nesse sentido, o direito compõe-se de dimensão textual (no processo legislativo) e dimensão normativa (produção da norma pelo intérprete). “Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma dimensão constitucional textual e sua dimensão constitucional normativa³⁵”.

Destacando que a legitimidade do discurso do intérprete se assenta nos limites da moldura do texto, afirma que “sendo a interpretação uma prudência [ela não é saber puro, separado do ser], haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante [= norma] não correta³⁶”.

Amparado no diálogo dos ensinamentos de *Aulis Aarnio*, *Jean Pierre Vernant*, *Paolo Grossi* e *Jaques Derrida*, o ilustre Ministro conclui:

Se ao menos desejar fazer-se ouvir, o intérprete autêntico há de falar na, há de falar a língua do texto normativo. É dotado de legitimidade para, falando a e na língua do texto normativo, produzir normas e atualizar o direito. Mas essa legitimidade será dissolvida sempre que a língua do texto normativo for substituída por outra. Não se trata de afirmar que o intérprete autêntico tem legitimidade somente para repetir as palavras da lei, porém algo substancialmente diverso disso --- ele detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, para reproduzir o direito em sua dimensão normativa, fazendo-o porém na língua dos textos normativos³⁷.

³⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.3

³⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.2

³⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.05

³⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.08

Nesse ponto, passa então a ponderar o que propõe o Eminentíssimo Ministro Relator (Gilmar Mendes), em seu voto:

S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, **no quadro de uma autêntica mutação constitucional**: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.³⁸ (*grifos nossos*)

Verificando que anseia Ministro Relator à adequação da Constituição ao devir social, concorda que àquele não sugere uma simples interpretação de um texto, mas sim uma autêntica mutação constitucional - a substituição de um texto por outro -, nos seus dizeres, assim definida:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. **Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.**

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado³⁹.

O texto que antes se lia nos seguintes termos

Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal⁴⁰,

com a substituição, passa a vigorar

competente privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo⁴¹.

³⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.09

³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.09

⁴⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.10

⁴¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.10

Entendendo o Ministro Eros Grau que não se trata de nova interpretação, esclarece que não se caberá aqui analisar se houve subversão ou não do texto, ao revés defende que:

Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento⁴².

Nesse sentido assegurará legitimidade à competência (nova) do Senado Federal, em cumprir o seu dever de tornar público o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ao salientar que diante das circunstâncias trazidas pelo Eminentíssimo Relator, ratifica o entendimento de que o antigo texto do artigo 52, inciso X, da Constituição da República de 1988, tornou-se obsoleto.

Concordando com o proposto pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau passa a transcrever em seu voto como, no seu entender, diante desse novo posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, iria se manifestar a doutrina. Segundo ele, o discurso defenderia a co-existência dos controles difuso e concentrado no sistema atual, e seguiria afirmando que caso haja igualdade no que tange a eficácia das decisões proferidas em ambas modalidades, soçobrará quaisquer diferenças de cunho substancial entre elas.

Em seguida, rebate os argumentos afirmando:

Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. **Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição.** O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário¹⁶ do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso¹⁷. (*grifos nossos*)⁴³

⁴²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.11-12

⁴³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.14

No mesmo foco ressalta que o novo texto (resultante da mutação) “é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional⁴⁴”, não afrontando nenhuma outra disposição da Constituição ou quaisquer dos seus princípios.

Valendo-se extensivamente da doutrina estrangeira, o ilustre Ministro discorre ainda sobre a atuação entre o Poder legislativo (referindo-se ao Senado Federal) e o Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) concluindo, ao fim, que, embora o Poder Legislativo possa interpretar o Texto Constitucional de forma a discordar do posicionamento da Suprema Corte, não poderá, quando decretada pelo Judiciário a inconstitucionalidade de ato ou norma, “retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam o céu⁴⁵”.

De forma coerente, então, admite que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental “contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional⁴⁶”, pouco importando a inércia do Senado Federal.

No caso, ademais, trata-se da liberdade de pessoas, cumprimento de pena em regime integralmente fechado. A não atribuição, à decisão do STF no HC n. 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum⁴⁷.

Nesse sentido, o Ministro Eros Roberto Grau termina por julgar procedente a Reclamação 4335-5, acompanhando o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes.

4. Confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (19/04/2007)

Na ocasião o senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes inicia seu discurso relembando a decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco do Estado do Acre – citando trecho da referida-, a qual é combatida pelo ora reclamante.

Continua, em seguida, tecendo elogios ao voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Eros Grau no caso em questão e, após, segue reconstruindo seu próprio voto – proferido 01/02/2007.

⁴⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.14

⁴⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.18

⁴⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.19

⁴⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.19

Inicia, então, esta tarefa citando um pequeno trecho do referido, onde discorria sobre a mudança de concepção e ampliação sofrida pelo sistema de controle concentrado. Mudança esta, que veio por tornar comum, no modelo, decisão proferida com eficácia *erga omnes*, que sob as óticas da Emenda Constitucional numero 16/65 e da Constituição de 1967/1969, era excepcional.

Sobre o tema, complementa:

A rigor, o Supremo Tribunal Federal só veio a reconhecer expressamente essa eficácia geral em 16 de maio de 1977, após a decisão da Mesa de Direito Constitucional, inicialmente com base no parecer de Rodrigues Alckimin e, posteriormente subscrito por entendimento semelhante por Moreira Alves. Até então subsistiu essa situação ambígua em que o Tribunal, inicialmente, poderia até comunicar ao Senado a despeito de estar a proferir uma decisão em sede de controle abstrato de normas⁴⁸.

Retomando às suas recordações (sobre o voto proferido), relembra momentos onde o seu discurso se volta para o surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - que no seu entender, alterou a ênfase do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, passando a residir não mais no controle difuso, mas sim no abstrato - e segue destacando o advento da Lei 9.882/99, que atribuiu à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de perfil incidental, efeitos *erga omnes*.

Nesse ínterim, teria a Constituição Federal de 1988 alterado o sistema de controle de constitucionalidade permitindo a releitura/reinterpretação dos seus institutos.

De forma, portanto, coerente, a Suprema corte, ao perceber a necessidade de atribuir valor jurídico às decisões proferidas no controle incidental, reinterpreto o artigo 97 da Constituição Federal, isentando o órgão fracionário de outras cortes de submeter a matéria sobre a qual o Supremo já se pronunciou, ao seu plenário ou órgão especial.

Entende então o ilustre relator que essa reinterpretação, “(...) de certa forma, é uma decisão que também atribui um efeito vinculante à própria decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁹”. Nessa esteira, relembra passagens do seu voto onde desenvolve esse raciocínio.

Nestas passagens, o Ministro Relator citando posicionamentos do Supremo Tribunal Federal observa que, no contexto atual, as decisões proferidas pela Corte Suprema

⁴⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 02.

⁴⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 04.

em controle incidental, corriqueiramente, têm adquirido eficácia transcendente ao âmbito da decisão.

Neste sentido, observa que quanto aos efeitos de decisões de inconstitucionalidade proferidas de forma incidental em ações coletivas “só por ficção, se pode falar em decisão *inter partes*”⁵⁰.

Assim, argumentando que o texto constitucional de 1988 alterou de forma significativa o papel do Tribunal, que passou a ter uma função primordial na guarda da Constituição, pugna por uma nova compreensão do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

No mesmo passo, segue colacionando trechos da conclusão do seu anterior pronunciamento, onde defendeu que a natureza idêntica dos modelos de controle difuso e concentrado, não (mais) concede legitimidade às distinções formuladas quanto aos seus efeitos.

Por essas razões alega outrora ter suscitado a ocorrência de uma autêntica mutação constitucional quanto ao disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Remetendo novamente ao voto que proferiu, segue o discurso apresentando passagens onde fez explanações sobre o instituto da mutação constitucional e, se referindo ao caso concreto, propôs a releitura do papel do senado no controle de constitucionalidade.

Visto que, a seu entender, não é mais a decisão da Alta Casa Parlamentar que confere eficácia geral à decisão do Supremo (no controle incidental), pois diante das orientações implícitas nas posições judiciais e legislativas contemporâneas, infere-se que a própria decisão já carrega os seus efeitos, ao Senado, hoje, caberia apenas a função de publicizar julgados.

Nesse passo, apoiado nos precedentes do direito comparado, sugere que:

Se considerarmos, por exemplo, que no modelo austríaco faz-se a comunicação à autoridade política do Estado para que ele ou o próprio Chanceler diligencie a publicação da decisão no Diário Oficial ou que, no modelo alemão, a chamada “Gesetzeskraft”, a força de lei esteja submetida a essa publicação a cargo do Ministro da Justiça⁵¹,

⁵⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

⁵¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 10.

seria possível concluir que talvez desde o constituinte 1934, a finalidade desse instituto (art. 52, X da CF) teria sido a de conferir a um órgão político, essa função de publicização; todavia, enfatiza que não pretende no momento uma revisão histórica, sendo solução bastante para o caso a mutação constitucional por ele proposta.

Nesse sentido, finaliza destacando o apoio do Ministro Eros Grau, e reitera seu pronunciamento, julgando procedente a reclamação 4335-5 AC.

5. Voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence (19/04/2007)

O senhor Ministro Sepúlveda Pertence antecipa seu voto, pedindo vênias para discordar do Ilustre Ministro Relator.

O ilustre ministro inicia seu discurso tecendo elogios às dissertações do eminente Relator – o Ministro Gilmar Mendes-, e do eminente Ministro Eros Grau, todavia, se põe a discordar de ambos argumentando que a mutação constitucional em evidência, proposta “por decreto do poder que com ela se ampliaria⁵²”, a seu ver, para “(..) visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de estado⁵³”.

Em outras palavras, sugere que, ao admitir esta tese, o Poder Judiciário pode estar caminhando em direção a um golpe de Estado, do qual não está imune.

Desenvolvendo o seu raciocínio após as primeiras explanações passa o Ministro a expor trechos de seus votos proferidos nos recursos extraordinários de números 191.896 e 190.725, onde apresenta considerações sobre o sistema constitucional brasileiro destacando a influência sofrida pelo modelo Americano e reconstrói um sucinto panorama acerca do seu histórico, dando ênfase à convivência paralela desde a EC 16/65 dos sistemas incidental e concentrado de controle. Nessa esteira, ressalta as diferenças entre ambos, lembrando que as declarações de inconstitucionalidade mediante ações diretas ou exaradas incidentalmente se distinguem pelos efeitos de suas decisões. No controle direto, a decisão judicial da Suprema Corte prescinde de deliberação do Senado para causar efeitos *erga omnes*, enquanto que no incidental, tendo apenas eficácia relativa, é preciso somar-se ao ato do Senado, para estender-se a todos.

⁵²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 01.

⁵³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 01

Esclarecendo que outrora apoiou a decisão do Supremo de dispensar a reserva de plenário dos outros tribunais quando já houvesse decisão incidente na Suprema Corte sobre a matéria, defende que o que se propõe com a mutação proposta pelo Ilustre Ministro Relator vai além do necessário.

(...)reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca⁵⁴.

No seu entender, o decreto de mutação sugerido pelo ministro Gilmar Mendes e apoiado pelo Ministro Eros Grau, é desnecessário e não se presta a conceder maior eficácia às decisões emanadas pelo Supremo. Embora concorde com ambos quando afirmam que o texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, se torna a cada dia mais obsoleto, entende o Ministro Sepúlveda Pertence que um “projeto de decreto de mutação constitucional já não é nem mais necessário⁵⁵”.

Nesse sentido, cita o mecanismo da súmula vinculante, que a seu ver já garante àquela Corte o objetivo que pretende a mutação:

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até aí seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal⁵⁶.

Em breve discurso, homenageando o brilhantismo dos votos que o precederam, porém não vendo necessidade de “converter essa prerrogativa a que o Congresso

⁵⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 05.

⁵⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P.05

⁵⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos⁵⁷, o Ministro Sepúlveda Pertence finaliza seu voto para julgar improcedente a reclamação e conceder *Habeas Corpus* de ofício.

6. Voto do Ministro Joaquim Barbosa (19/04/2007)

O Ministro Joaquim Barbosa inicia seu discurso discordando da releitura proposta pelo Ministro Relator Gilmar Mendes ao instituto previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Muito embora tenha reconhecido que pelo Ministro Relator foram suscitados fortes argumentos no sentido de se reconhecer que tanto no âmbito legislativo quanto por meio jurisprudencial têm se desenvolvido novos mecanismos que aperfeiçoam o texto constitucional de 1988.

Exemplificando, ressalta o papel que assumiu a reclamação após o precedente do STF no Rcl-AgRg 1880, as leis sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o instituto da súmula vinculante e, ainda, as alterações das normas que se referem à Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade.

Todavia, em que pese o cenário que se apresenta, o ilustre Ministro não entende que o instituto previsto ao artigo 52, X, da CF obsta a ampla efetividade das decisões proferidas pelo Supremo, como no caso presente.

Segundo ele, o interesse do reclamante do caso em questão não se volta para “a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal⁵⁸”, em outra perspectiva o que a motiva é a oposição do Juiz da Vara das Execuções do Acre ao posicionamento da suprema corte. Logo, o anacronismo patológico não é do artigo 52 da CF e sim do próprio Poder Judiciário.

A decisão do reclamado, assim como tantas outras, diverge da posição do Supremo, sendo bastante para a resolução do impasse o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator.

⁵⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 07.

⁵⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 02.

Nessa esteira, entende que conhecer da ação de reclamação como *habeas corpus*, e confirmá-lo de ofício, já é solução suficiente e a mais adequada no atual sistema.

O Ministro reforça sua posição argumentando que o próprio relator esclareceu que o STF não depende mais do Senado para atribuir eficácia *erga omnes* às suas declarações de Constitucionalidade, até porque, fundamentado na relevância da questão, poderá o tribunal editar súmula vinculante com aplicação geral.

Esse dado, no seu entender, seria suficiente para manter o entendimento tradicional acerca da autorização para o Senado Federal elaborar resolução ampliando os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal.

Defende ainda o Ministro a literalidade do dispositivo constitucional, que a seu ver, não gera interpretação conflitante. Entendendo que por esse aspecto o ilustre Relator argumentou ser caso de mutação, discorda ainda dessa possibilidade, ressaltando que para a sua ocorrência seriam necessários os seguintes fatores: “o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva “*désuetude*” do dispositivo⁵⁹”.

Em relação ao segundo fator, entende que não pode ser reconhecido, tendo em vista que pesquisa levada a cabo por ele evidencia que quase 100 normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo tiveram sua execução suspensa por intermédio da Alta Casa Parlamentar.

Conclui por enxergar então o instituto constitucional como um complemento à eficácia das decisões proferidas pela Corte, e não obstáculo.

Finalizando, ressalta que a proposta do relator, além de ir ao encontro da literalidade do artigo 52, X, da Constituição Federal, “vai na contramão das conhecidas regras de **self restraint** que Alexander Bickel, em sua monumental obra “**The Least Dangerous Branch**”, qualificou de “**Virtudes Passivas**” da justiça constitucional⁶⁰”, e continua esclarecendo que

Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de

⁵⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 04.

⁶⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 05.

pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional⁶¹.

Defende, então, seja adotada esta regra de “sabedoria política” como medida de defesa à democracia para o caso concreto, sobretudo em razão da norma em evidência, na sua opinião, não afetar a missão de guarda da Constituição exercida pela suprema corte.

Ante os argumentos, o Ilustre Ministro Joaquim Barbosa pede vênias para, discordando do relator, não conhecer da reclamação, mas conhecer do pedido como *habeas corpus*, confirmando a liminar outrora proferida.

⁶¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

2. SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL BRASILEIRO: SUA ORIGEM E FUNDAMENTO NA DOUTRINA DA *JUDICIAL REVIEW*.

1. Generalidades

O ordenamento jurídico é um sistema que pressupõe ordem e unidade. Para tanto, vale-se de mecanismos que, diante de contradições, visam restabelecer sua harmonia.

O controle de constitucionalidade pode ser visto como um desses mecanismos, que se apóia precipuamente na rigidez e supremacia constitucional.

Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia⁶²

Destina-se, este capítulo, à análise de seus aspectos, com ênfase para a forma como se processa pela via difusa, desde o seu surgimento, até os dias atuais.

2. MARBURY V. MADISON: Os fundamentos do controle de constitucionalidade difuso.

Embora hajam precedentes que remontem a antiguidade⁶³ com discussões acerca do tema “supremacia constitucional”, foi nos Estados Unidos, com o julgado do caso *Marbury vs. Madison*, que a tese jurídica - que garantia ao Poder Judiciário competência para efetivar o controle de constitucionalidade das normas (*judicial review*) -, ganhou o mundo⁶⁴.

O caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1803, vê-se como a primeira decisão onde se firmou a competência daquele órgão para declarar a inconstitucionalidade de leis, contribuindo de forma decisiva para a doutrina do *judicial review* - pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição⁶⁵. “Este foi o marco inicial do reconhecimento da

⁶²BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.01.

⁶³CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. P. 48.

⁶⁴BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 05-06.

⁶⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.226.

Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento⁶⁶.

Destaca Mauro Cappelletti – em sua obra “*o controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*”:

Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte americano de *judicial review* (*of the constitutionality of legislation*), nos outros Estados- e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do “constitucionalismo”, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições “rígidas”, contrapostas às Constituições “flexíveis”, ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional⁶⁷.

Para discorrer sobre *Marbury v. Madison*, necessário se faz um breve relato sobre o contexto político dos Estados Unidos à época.

Nas eleições de 1800, o então presidente John Adams, juntamente com seus aliados federalistas – que dominavam o Congresso-, se via derrotado por Thomas Jefferson, que viria a assumir o governo, com maioria republicana.

Ao fim de seu mandato, John, então, articulava junto ao Congresso uma forma de se manter influente na política, passando a adotar manobras para instalar líderes federalistas no Poder Judiciário.

Assim, em fevereiro de 1801, aprovou uma lei por meio da qual reorganizava àquele Poder (*The Circuit Court Act*), com as seguintes providências:

- a) reduzia-de o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava;
- b) Criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado⁶⁸.

E ainda no mesmo mês, uma lei viria a lhe autorizar a proceder à nomeação de quarenta e dois juízes de paz. “Alguns desses juízes foram nomeados na noite anterior à

⁶⁶BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em < <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/113/101>> Acesso em:17/04/2011. P.02-03.

⁶⁷CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. P. 46-47.

⁶⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 04

posse dos republicanos, daí a alcunha de *juízes da meia-noite* com que, às vezes, são referidos⁶⁹”.

Neste ínterim, John Marshall, que exercia o cargo de Secretário de Estado de Adams, embora já houvesse sido indicado por este para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) – que três meses antes da posse de Jefferson ficou vago- era o encarregado de entregar a investidura dos novos juízes, não conseguindo findar a tarefa antes a posse de Thomas.

Após a posse do novo Presidente, a tarefa passaria então ao novo Secretário de Estado, James Madison que, instruído por Jefferson, negou-se a cumpri-la.

Foi então que William Marbury, um dos juízes nomeados e não empossados por James Madison, resolveu intentar ação judicial (*Writ of mandamus*), apoiado em uma Lei do ano de 1789 que garantia a Suprema Corte competência para a matéria, para garantir o seu cargo. A Corte, então, designou o início do julgamento do *writ* para 1802⁷⁰.

Sobre a reação dos republicanos assevera Luis Roberto Barroso:

Sucedee, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act, de 1801*), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a de se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de impeachment de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte⁷¹.

É então nesse quadro, de extrema tensão política, que apenas em 1803, a Suprema Corte Americana volta a se reunir para julgar *Marbury vs. Madison*.

Retomado o julgamento, no decorrer do seu voto, John Marshall, que fazia as vezes do Presidente da Corte Americana, decidiu pelo o direito de *Marbury* à investidura do cargo, passando a discutir qual o remédio jurídico legítimo para assegurá-lo.

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.227.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.228.

⁷¹BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 04-05.

Considerando que o *writ* de que *Marbury* se valeu estava previsto no § 13 da Lei Judiciária de 1789, que se trata de lei ordinária – pretendendo ampliar a competência da Suprema Corte-, e não no artigo terceiro da Constituição Americana, que segundo o seu entendimento era o diploma apropriado para dispor sobre a competência originária da Corte, indeferiu o pedido. “Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não podendo ser alargada por diploma infraconstitucional⁷²”.

A partir daí, então, passou a desenvolver a tese de inconstitucionalidade das leis, que sendo inválidas, deveriam assim ser declaradas pelo Poder Judiciário.

Enphaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei (...) Assim, si uma lei está em oposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário⁷³.

Para sustentar sua posição acerca do controle de constitucionalidade que propunha, Marshall argüiu três fundamentos:

Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário a Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o interprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”⁷⁴.

Muito embora a Constituição Americana não estabelecesse de modo explícito esta atribuição ao Poder Judiciário, a argumentação desenvolvida por Marshall no decorrer do seu voto quis demonstrar que a competência decorreria da lógica do sistema⁷⁵.

⁷²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.229.

⁷³MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**, Tradução de Américo Lobo Leite. Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997. P. 26.

⁷⁴BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 08.

⁷⁵BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em < <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/113/101> > Acesso em: 17/04/2011. P.18.

Nesse sentido, o célebre raciocínio pregava que todo ato contrário aos ditames constitucionais, deveria ser considerado nulo, ineficaz – “*null and void and of no effect*”⁷⁶.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escriptas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a *theoria* de todo o governo, organizado por uma constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível⁷⁷.

Embora indiscutível a oportunidade do momento político para que Marshall discorresse acerca da tese, vez que lhe seria interessante afirmar o poder da Suprema Corte para limitar os atos proferidos pelo Poder Legislativo e Poder Executivo à luz da Constituição Americana, o fato é que:

na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e dos aspectos específicos do caso concreto, a decisão ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas⁷⁸.

Quanto à análise da evolução histórica deste modelo de controle (*judicial review*), analisando as tendências da Suprema Corte Americana em momentos distintos, Jorge Miranda assinala três fases:

1ª) Até cerca de 1880, a preocupação maior é a defesa da unidade dos Estados Unidos e a fiscalização serve de arbitragem entre a União e os Estados Federados;

2ª) De 1880 a 1935-1937 o Supremo Tribunal interpreta a Constituição num sentido conservador da ordem liberal capitalista e afirma a sua autoridade frente ao poder legislativo, sendo então que se fala em “governo dos juizes”;

3ª) Por último, sobretudo desde 1954 (caso “*Brown versus Board of Education*”), de preferência à salvaguarda da propriedade, dedica-se (mas com oscilações nos últimos anos) à salvaguarda da liberdade política e da igualdade racial⁷⁹.

Observa-se, então, que a partir da forma tímida pela qual se manifestou o sistema de controle judicial desenvolvido nos Estados Unidos, com a preocupação voltada de início à hegemonia estatal, passando ao longo de sua existência por momentos em que a Suprema Corte assumiu o papel de controladora do Congresso, a partir de 1937, o Tribunal

⁷⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.311.

⁷⁷MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**, Tradução de Américo Lobo Leite. Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.

⁷⁸BARROSO, Luis Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo**. Disponível em < <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/113/101> > Acesso em: 17/04/2011. P.18.

⁷⁹MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.89.

passa a se interessar fundamentalmente pela concretização dos direitos assegurados na Carta Constitucional.

3. Características do atual modelo americano de controle de constitucionalidade das leis.

A partir de 1803 se passou a admitir nos Estados Unidos o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, que conforme já foi explicitado nesse trabalho teve atribuído o seu surgimento ao *Chef Justice* John Marshall, considerado pai da *judicial review*.

Desde o seu surgimento até os dias atuais a característica central deste modelo de controle consiste no fato de conferir ao Poder Judiciário a atribuição de declarar inválidas/ nulas as normas ou atos proferidos em desconformidade com a Constituição. Nulidade esta, não no sentido de revogá-los, mas no sentido de negar a sua aplicação aos casos concretos⁸⁰.

Quanto à sua nomenclatura, trata-se de forma **difusa** de controle. Nesta esteira, qualquer juiz ou tribunal que seja competente para dirimir uma controvérsia jurídica, também o será para dirimir a questão constitucional que se coloca. Consagra-se assim a via de exceção, “de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei⁸¹”.

Por outro lado, pode ser denominado de controle **concreto** de constitucionalidade na medida em que o judiciário só se pronuncia sobre a afronta constitucional quando, em uma demanda jurídica que lhe seja submetida, houver a necessidade de, antes do provimento final, avaliar se a lei suscitada ao caso concreto é compatível com a Constituição⁸². Assim, considera-se ainda que “o exame sobre a inconstitucionalidade representa *questão prejudicial*, não a *questão principal* debatida na causa, por isso o juiz não decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*⁸³”, em outras palavras,

⁸⁰BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Revista Forense, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

⁸¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.311.

⁸²BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Revista Forense, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

⁸³BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Revista Forense, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

a questão constitucional que se coloca é um incidente em relação à questão principal, daí a denominação **incidental**.

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. [...] Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação.⁸⁴

Acerca de outras características que serão explicitadas, observa-se que o modelo americano se desenvolveu numa ambientação de *common law* (direito comum – também conhecido como anglo-saxônico), que tem base forte na jurisprudência. No *common law* “a legislação é esparsa e há uma grande influência dos precedentes judiciais, que são vinculativos⁸⁵”. Trata-se de um sistema onde o direito é aperfeiçoado pelos juízes, e obedece a seguinte dinâmica: o conjunto de precedentes jurídicos vincula uma decisão, que por sua vez, refletirá em julgados futuros.

Nesta lógica, considerando que a princípio a decisão judicial no controle de constitucionalidade por via de exceção – que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal - produz efeitos *inter partes* (entre as partes), haja vista tratar-se de mera questão prejudicial ao deslinde de uma causa, para que se evite uma insegurança jurídica com o surgimento de provimentos judiciais antagônicos, vigora o princípio segundo o qual as decisões emanadas pelo Tribunal Supremo americano devem vincular suas próximas decisões e o posicionamento dos tribunais inferiores.

Preleciona Paulo Bonavides:

As vias recursais se exaurem no arresto da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim às vacilações interpretativas do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior. A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em conseqüência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos⁸⁶.

A esta característica de “vinculatividade” das decisões emanadas pela Suprema Corte (*Supreme Court*) - órgão máximo do judiciário americano, composto por nove

⁸⁴KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 311

⁸⁵SOUZA, Cybelle Rodrigues de. Influência das regras de "common law" através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18258> >. Acesso em: 15/04/2011.

⁸⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.311.

membros investidos em cargos vitalícios que são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal⁸⁷ - convencionou-se chamar de *stare decisis*.

A mesma regra, por simetria, deve ser observada quanto às decisões emanadas pelas pelos Tribunais Superiores dos Estados americanos quando declarada a inconstitucionalidade de leis locais. Nesse sentido:

A declaração de inconstitucionalidade, nos Estados Unidos, embora se dê *in casu*, tem eficácia absoluta. Escreveu *Lambert* que ‘quando a Corte Suprema dos Estados Unidos decreta a inconstitucionalidade de uma lei federal, ou um tribunal superior do Estado, a de uma lei de sua legislatura local, esta afirmação liga, daí por diante, não só as jurisdições subordinadas, como também a jurisdição que a emitiu. Pelo jogo da *authoritative opinion*, a Corte, que, por ocasião de um processo determinado, declara nula uma lei, em virtude de inconstitucionalidade, firma de uma vez por todas a aplicação judiciária. Nenhum ato complementar se torna necessário. A decisão vale por si e obriga a todos. O judiciário deixa de aplicar a lei, que subsiste como um ente morto no corpo legislativo. O prestígio desta solução foi tal, que um eminente autor norte-americano, embora reconhecendo que a decisão que decreta a inconstitucionalidade só vale para o caso concreto, qualificou o provimento de *veto judicial*⁸⁸.

Portanto, no que se refere à eficácia das decisões emanadas pela Suprema Corte americana que a princípio vigoraria “*entre as partes*”, pela tradição do *common law*, através da regra do *stare decisis*, tem-se que vigora para além das particularidades da demanda.

Nesse sentido, embora a decisão que declare a inconstitucionalidade da norma, por si só, não a retire do ordenamento jurídico, considerando que terá força vinculante, significa que dali por diante não poderá a lei ser aplicada por nenhum juízo ou tribunal. Assim, não deixando de ser aplicada em virtude do controle de constitucionalidade, a lei inconstitucional carecerá de eficácia em observância ao instituto do *stare decisis*.

Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.⁸⁹

⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>. Acesso em: 21/04/2011. P.43.

⁸⁸BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Revista Forense, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

⁸⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 307

Sobre esta força vinculante resta esclarecer que não induz o juiz do caso ulterior a uma atividade mecânica, pelo contrário, lhe determina o dever minucioso de diferenciar nos precedentes da Suprema Corte a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*⁹⁰.

De forma simples a *ratio decidendi* pode ser entendida como o “princípio geral que justifica a solução adotada⁹¹”, ou, em outra definição “o princípio de direito pronunciado pelo tribunal com base em sua decisão⁹²”, ao passo que os *obiter dictum* seriam as razões adicionais declaradas pelo juiz para o fundamento de seu pronunciamento⁹³, portanto, razões “que se afastam do princípio justificador daquela decisão⁹⁴”.

Essa distinção é de extrema importância para a doutrina do *stare decisis* na medida em que “a *ratio decidendi* vincula juízes em casos posteriores⁹⁵”, enquanto “o que se diz de passagem (*obiter dictum*) tem valor meramente persuasivo em julgamentos futuros⁹⁶”.

Observando que essa atividade “não obedece a critérios matemáticos⁹⁷”, destaca-se ser “perfeitamente possível que um juiz vislumbre *ratio decidendi* numa posição anterior, enquanto o seu colega enxerga na mesma decisão um mero *dictum*⁹⁸.” Assim, conclui-se que para àquela doutrina a força dos precedentes não carrega caráter absoluto.

Sobre esta característica preleciona Hans Kelsen:

[...] a norma de *stare decisis* não é de modo algum absoluta. Não está bem claro até que ponto sua validade é reconhecida. Acima de tudo, admite-se que ela não é válida no caso de interpretação da Constituição. Questões constitucionais estão sempre abertas a exame.⁹⁹

Com relação à eficácia temporal das decisões que declaram a inconstitucionalidade das normas, “a doutrina constitucional norte-americana tradicionalmente defendeu a teoria da nulidade da lei inconstitucional¹⁰⁰”, a qual prega que

⁹⁰MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.82-85.

⁹¹MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.82.

⁹²SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente em El Common Law**. Madrid: Civitas, 1995. P.84. In: SILVA, Antonio Alves da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo, LTr, 2004. P. 102.

⁹³MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.83.

⁹⁴SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. P. 185.

⁹⁵MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.82.

⁹⁶MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.82.

⁹⁷MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.83.

⁹⁸MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.83.

⁹⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 307

¹⁰⁰PASSOS, Anderson Santos dos. **A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7496. Acesso em 22/04/2011.

estando a lei em desconformidade com a constituição, quando objeto de controle, será declarada nula “*ab initio*”, não produzindo qualquer efeito, como se nunca tivesse existido (efeitos “*ex tunc*” – retroativos).

Todavia, com o passar dos anos, o entendimento se modificou para admitir a modulação dos efeitos dessa decisão, levando-se em conta as particularidades de cada caso.

[...]pode-se dizer que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos tem o condão de declará-la nula desde a sua origem, não podendo mais ser aplicada a nenhum caso dali por diante e, ainda, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Entretanto, este entendimento é aplicado em sua plenitude apenas para as partes envolvidas no caso julgado pela Suprema Corte. Com relação a terceiros, o entendimento adotado é o de que pode haver a mitigação da retroatividade. O caso que definiu esta postura foi *Linkletter v. Walker*¹³, no qual o recorrente pedia a revisão da sua condenação criminal com base na proibição de prova ilícita, que fora estabelecida em outro caso, *Mapp v. Ohio*¹⁴, julgado após sua condenação. Ainda assim, a Suprema Corte optou por limitar o efeito retroativo de tal proibição, alegando poder analisar as vantagens e desvantagens de tal efeito diante do caso concreto e recusando-se a conceder a revisão pretendida pelo recorrente¹⁰¹.

Gilmar Ferreira Mendes, noticiando tal fato, afirma que:

[...] a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*)⁸⁵, aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.⁸⁶ Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro¹⁰².

Observando que de alguma forma as decisões proferidas no âmbito da Corte não de afetar interesses para além das partes demandantes, surge neste modelo de controle outra característica marcante, qual seja, o interesse de terceiros que envolvidos em causas idênticas, pretendam levar à Corte novos argumentos para o debate. Estes interessados, tendo em conta que o resultado da controvérsia atingirá os destinos de suas causas, poderão intervir na lide através da figura do *amicus curiae*.

De forma simples, *amicus curiae* poderia ser definido como a intervenção de alguém em um processo para ajudar o juiz, oferecendo subsídios técnicos,

¹⁰¹ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em: <<http://www2.dbd.puc-rio.br>>, acesso em: 14/04/2011. P.18.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>. Acesso em: 21/04/2011. P.281.

teóricos ou práticos que o auxiliem na hora da decisão, possibilitando, assim, uma decisão mais respaldada¹⁰³.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto¹⁰⁴”, e continua:

Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) -, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades¹⁰⁵.

Observa-se, então, que mais uma vez a *judicial review* tende a um caráter objetivo, afastando-se sempre mais de um caráter puramente subjetivo.

Reforçando este entendimento merecem destaques considerações acerca do instituto *writ of certiorari* que, instituído nos Estados Unidos a partir do ano de 1891, com o objetivo de “desafogar” o órgão supremo do Poder Judiciário, garantiu àquela Corte certa “discricionariedade” na escolha das controvérsias jurídicas que levará a julgamento.

Sobre o surgimento e consolidação deste instituto:

Observe-se que sucessivas reformas legislativas reduziram as competências recursais da Corte Suprema. Em 1891, uma lei conferiu à Corte Suprema, pela primeira vez, poderes discricionários para o julgamento de determinados casos. Em 1925, esse poder de rejeição por parte do Tribunal foi significativamente ampliado. Em tempos mais recentes, em 1988, uma nova reforma acabou por eliminar, praticamente, a jurisdição de apelação, de caráter obrigatório, em relação aos tribunais federais³². Por isso, ensina Segado Fernández que a possibilidade de revisão de sentenças judiciais perante a Suprema Corte americana deixou de ser uma questão de direito e assumiu o caráter de uma questão de discricionariedade judicial. A admissão de recurso depende, pois, de um juízo da Corte sobre a existência de razões especiais relevantes¹⁰⁶.

Assim, em simples definição, o *writ of certiorari* consiste num juízo de admissibilidade de recursos, por meio do qual a Corte Suprema dos Estados Unidos, levando em consideração a relevância da questão constitucional que se apresenta, seleciona os embates

¹⁰³SOUZA, Cybelle Rodrigues de. Influência das regras de "common law" através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18258> >. Acesso em: 15/04/2011.

¹⁰⁴MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>. Acesso em: 21/04/2011. P.376.

¹⁰⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>>. Acesso em: 21/04/2011. P.375.

¹⁰⁶MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>>. Acesso em: 21/04/2011. P.34.

jurídicos que irá apreciar. “Embora não escrita, vigora uma tradição chamada regra dos quatro: se quatro dos nove membros da Suprema Corte quiserem examinar uma determinada causa, seu mérito será apreciado pela Corte.”¹⁰⁷

O desafio que o *certiorari* enfrenta é o de conciliar a necessidade de **uniformização do direito aplicado** em todo o território dos Estados Unidos **com as limitações de um tribunal composto por apenas nove juízes**. Cabe justamente à Suprema Corte o papel de conferir unidade ao ordenamento jurídico. Porém, o volume de trabalho que lhe seria atribuído caso tivesse de decidir todas as questões controversas e uniformizar todas as diferentes interpretações existentes no Judiciário norte-americano já era considerado à época em que o instituto surgiu como insuportável para uma corte tão pequena¹⁰⁸. (*grifos nossos*)

Nesse sentido o instituto se apresenta como um mecanismo que torna viável a atuação do Tribunal, que sem essa “peneira”, não teria capacidade para exercer de forma efetiva o seu papel.

Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, “para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas” (“*To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved*”).¹⁰⁹

Em outra esteira, deve ser enfatizado que **o juízo de admissibilidade negativo não torna sem resposta um caso concreto**. Ao revés, **neste, deverá prevalecer o entendimento do juiz ou tribunal inferior**. Assim, não há que se falar em afronta ao exercício do controle difuso de constitucionalidade na sua forma original,

[...] isto porque, a leitura que se faz da justificativa desenvolvida em Marbury é mais restrita, exigindo que haja sempre uma instância apta a decidir de maneira definitiva as causas devidamente ajuizadas, apreciando todas as questões de direito envolvidas, inclusive as constitucionais. **Mas não necessariamente esta instância deverá ser a Suprema Corte, sendo tido como dispensável, de alguma forma, seu pronunciamento sobre todas as matérias discutidas**¹¹⁰. (*grifos nossos*)

¹⁰⁷ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br>, acesso em: 14/04/2011. P.07.

¹⁰⁸ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br>, acesso em: 14/04/2011. P.02.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade**, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>. Acesso em: 21/04/2011. P.34.

¹¹⁰ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br>, acesso em: 14/04/2011. P.05.

Conclui-se assim, diante das características expostas, que a *judicial review* americana, embora se desenrole num modelo concreto busca dirimir as controvérsias constitucionais no âmbito objetivo.

Nessa perspectiva, em síntese ao que já foi dito, assevera Gilmar Mendes:

O sistema americano [...] perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva¹¹¹.

Em outras palavras, embora nascido de um caso concreto, o sistema de controle estadunidense se volta para resolver a polêmica de modo geral pela aplicação do *stare decisis*, do procedimento do *amicus curiae* e pela seleção que a própria Corte faz através instituto do *writ of certiorari*.

4. Histórico do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.

A rigor, só é possível falar em Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil a partir da Proclamação da República (1889). Embora a Constituição Imperial de 1824 previsse alguns elementos de Controle nas mãos do Parlamento e Imperador e, portanto, essencialmente político, nos moldes hodiernos, o Controle de Constitucionalidade - atribuído ao Poder Judiciário - só foi consolidado no sistema brasileiro a partir da Carta Constitucional de 1891, a qual contemplou um modelo tipicamente americano de perfil incidental, difuso e concreto, já consagrado pela Constituição provisória do ano anterior (1890)¹¹².

Curiosamente, a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis surgiu no Brasil antes mesmo da promulgação da primeira constituição republicana, quando ainda vigia uma constituição provisória, aprovada pelo Decreto nº 510, de 22/06/1890. Com efeito, o Decreto nº 848, de 11/10/1890, responsável pela organização da Justiça Federal no país, já previa a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas²⁰¹. Ou seja, a previsão do controle de constitucionalidade no

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>>. Acesso em: 21/04/2011. P.129.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

Brasil surgiu por meio de disciplina legislativa infraconstitucional; aliás, sua previsão foi mesmo anterior ao primeiro texto constitucional republicano¹¹³.

Portanto, observa-se que somente após a proclamação da República ingressa no direito brasileiro o Controle Judicial de Constitucionalidade, que sendo positivado na Constituição provisória de 1890, se consolidou no Texto Magno de 1891.

Em sua redação, a Constituição de 1891, reconhecia a competência da Justiça Estadual e a competência recursal do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle, sempre nos casos concretos:

Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

(...)

Art 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal¹¹⁴;

Em seguida, viria a reforma constitucional de 1926 que, não alterando de forma significativa o modelo de controle introduzido no Brasil, trouxe considerações importantes acerca do instituto da Intervenção Federal.

A partir de 1981 e no curso da República Velha muitos abusos haviam sido cometidos na relação entre os Estados e a União. Por diversas vezes foi decretada Intervenção Federal nos Estados, sem que houvesse motivos jurídicos e políticos plausíveis para a prática. Na reforma de 1926, pela primeira vez, surgiram limitações ao subjetivismo no uso deste instituto, quando foram estabelecidos os princípios, hoje denominados “sensíveis” e previstos no inciso VII, artigo 84, da Constituição Federal de 1988, os quais delimitaram as hipóteses a que o Presidente da República deveria se ater para fazer uso da medida¹¹⁵.

Já a Constituição de 1934, embora tenha mantido a idéia prevista na Carta de 1891, trouxe importantes modificações ao controle de constitucionalidade brasileiro:

¹¹³ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em < www2.dbd.puc-rio.br >, acesso em: 14/04/2011. P.02.

¹¹⁴ BRASIL, Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o91.htm >. Acesso em: 22/04/2011.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

(i) a exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade por um tribunal (art. 179), (ii) a previsão da representação interventiva (art. 12, V, § 2º), (iii) a proibição do exame de questões exclusivamente políticas pelo Judiciário (art. 68), e (iv) a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 91, IV)¹¹⁶.

Não havendo no Brasil o instrumento do *stare decisis*, próprio do Direito norte americano, para garantir a eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade, em 1934 foi engendrada a fórmula segundo a qual caberia ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”¹¹⁷.

Em crítica ao instituto, discorreu Gilmar Ferreira Mendes:

A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolver solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. E certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade¹¹⁸.

Outra regra inovadora introduzida naquela Carta e repetida no artigo 97 da Constituição atual (1988) dirá respeito ao quórum de maioria absoluta – maioria da totalidade dos membros- do tribunal, exigido para a decretação de inconstitucionalidade de uma norma¹¹⁹. Em outros termos, se a matéria for submetida a um órgão do tribunal e ele entenda que é caso de se declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, terá que submetê-la ao plenário ou órgão especial para votação. Seguindo o tramite regular, após a declaração de inconstitucionalidade o processo então retornará ao órgão competente para o provimento final¹²⁰.

¹¹⁶ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em < www2.dbd.puc-rio.br >, acesso em: 14/04/2011. P.04.

¹¹⁷ BRASIL, Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm >. Acesso em: 22/04/2011.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1087.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

Vale destacar também a vedação expressa contida no artigo 68 daquele Texto segundo a qual o Poder Judiciário não poderia “conhecer de questões exclusivamente políticas”¹²¹.

Por fim, deve ser observada a inovadora previsão de Ação Direta na Carta Constitucional de 1934, de legitimidade ativa do Procurador Geral da República, vinculada ao instituto da Intervenção Federal.

Com o objetivo de limitar o poder Presidente no exercício da Intervenção Federal, naquela Carta Magna surge a exigência de expedição lei, submetida à apreciação do STF por iniciativa do Procurador Geral da República, para a decretação da medida¹²². Em outros termos, o Procurador Geral da República deveria levar ao Tribunal a lei que determinasse a Intervenção indagando se seria caso de conformidade aos ditames constitucionais. Nesta esteira, decidindo a Suprema Corte pela constitucionalidade da norma, ficava autorizada a medida interventiva¹²³.

Sobre a previsão:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal", tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição.

Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 32), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2S)¹²⁴.

A seguir, a Carta de 1937 embora preserve as características estabelecidas para o controle de constitucionalidade na Constituição anterior, com um toque autoritário, vai instituir “uma peculiar modalidade de revisão constitucional”¹²⁵, que jamais será reproduzida nos Textos Constitucionais posteriores¹²⁶.

¹²¹ BRASIL, Constituição (1934) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm >. Acesso em: 22/04/2011.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1088.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

A grande novidade assenta-se no seu artigo 96, parágrafo único, segundo o qual:

Art 96. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal¹²⁷. *(grifos nossos)*

Assim, ficava permitido que a decisão do Supremo declarando a inconstitucionalidade fosse revista pelo Parlamento que poderia cassá-la confirmando a constitucionalidade da norma.

Encerrando o ciclo ditatorial, a Constituição de 1946 vai resgatar os diversos institutos previstos na Carta de 1934, com o aperfeiçoamento da Ação Direta pelo Procurador Geral da Republica para verificar suposta afronta de lei ou ato normativo estadual aos princípios sensíveis¹²⁸.

Nos moldes da representação interventiva, ficou então instituído o controle abstrato de normas estaduais e federais:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República¹²⁹.

“Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais européias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal¹³⁰”.

Nos dizeres de Paulo Bonavides:

A via de ação tomou, em consequência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar

¹²⁷BRASIL, Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm> >. Acesso em: 22/04/2011.

¹²⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

¹²⁹BRASIL, Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de Novembro de 1965**. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 22/04/2011.

¹³⁰BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.64.

o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República.¹³¹

Também por intermédio da Emenda Constitucional 16/65 ficava autorizado aos Estados-membros instituírem o controle de constitucionalidade concreto das leis municipais.

Art 124. Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...)

XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado¹³².

A seguir, foram promulgadas a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que, não trazendo grandes inovações, mantiveram quase que nos mesmos moldes as disposições acerca dos institutos do controle de constitucionalidade tanto pela via direta quanto pela via difusa.

A Ação Direta, todavia, viria a ser objeto de grandes discussões quando no ano de 1970 o Movimento Democrático Brasileiro, único partido da oposição com representação no Congresso Nacional “solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos¹³³”. Na ocasião, o PGR, discordando do posicionamento do MDB se negou a submeter a questão à Corte, arquivando a queixa.

Em seguida, sob o argumento de que o Procurador Geral da República estava usurpando a função julgadora do Supremo, o MDB tomou a atitude de ingressar com uma reclamação junto àquele Tribunal, obtendo como resposta o entendimento de que sendo o PGR o legitimado ativo para intentar a Ação Direta, teria apenas a “faculdade” de fazê-lo.

A decisão é assim noticiada por Paulo Bonavides:

Ao julgar improcedente uma Reclamação do Movimento Democrático Brasileiro contra o Procurador-Geral da República, por haver este, em despacho, mandado arquivar uma representação que lhe fora dirigida por aquela organização partidária arguindo a inconstitucionalidade do Decreto-

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.330.

¹³² BRASIL, Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de Novembro de 1965**. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22/04/2011.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1095.

lei n.1077, de 26 de janeiro de 1970, que estabeleceria a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 10 de março de 1971, interpretou, com toda a rigidez, a competência exclusiva do Procurador-Geral da República tocante à iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade¹³⁴.

É então neste cenário que, rompendo com a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 1988, vem a ser promulgada a Constituição Federal vigente, consolidando o caráter híbrido do controle de constitucionalidade brasileiro com a ampliação significativa do rol dos legitimados para o seu exercício pela via abstrata¹³⁵.

Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève destaca as principais alterações no sistema de Controle de Constitucionalidade, introduzidas pela nova Carta:

(i) ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu a instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); (iii) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, *q*, quando de competência do STF); (iv) exigiu a citação do Advogado-Geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); (v) reclamou a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); (vi) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, suprimido pela nova Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único); e, finalmente, (viii) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III).¹³⁶

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.331.

¹³⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

¹³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª edição, rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. In: PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em< www2.dbd.puc-rio.br>, acesso em: 14/04/2011. P.11.

Pois bem, analisando as considerações, conclui-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, consagra-se no atual cenário do Direito Brasileiro, de um lado, um sólido controle de constitucionalidade incidental de normas inspirado no Direito Norte Americano, e de outro, a convivência de um amplíssimo controle abstrato com fundamento na doutrina Européia.

Com a sucessão de textos constitucionais, pode-se dizer que se consolidou no Brasil um modelo híbrido de controle de constitucionalidade. De início, foi um dos pioneiros na recepção do sistema estadunidense de controle difuso-concreto, mas, nas últimas décadas, observou-se a introdução do controle de constitucionalidade abstrato, inspirado nas Cortes Constitucionais européias, sem que isso tenha importado no abandono do controle difuso [...]¹³⁷

Pela união de ambos os modelos, tem-se então no Brasil um quadro peculiar de sistema híbrido de controle judicial das normas, interessando precipuamente ao presente trabalho, a análise apurada, do seu exercício pela via difusa.

5. O controle de constitucionalidade pela via difusa/concreto no Direito Brasileiro.

5.1 Características gerais do controle difuso

O sistema de controle incidental figura-se presente no Brasil, como outrora mencionado, desde o surgimento da República, tendo sido introduzido explicitamente em texto constitucional a partir da Carta de 1891. Muito embora, a seguir, tenha havido a expansão de outro modelo de controle, pela via abstrata, o controle pela via de exceção se mostra consolidado na história, sendo ainda, a única forma possível de o cidadão comum contestar a compatibilidade de uma norma com o Texto Magno.

Todavia, indiscutível a ênfase da atual Constituição Federal que, embora consagre um sistema *híbrido* de controle, certamente se volta

[..] não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

¹³⁷ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em< www2.dbd.puc-rio.br>, acesso em: 14/04/2011. P.11.

É então nesse contexto, ao lado de um amplo sistema de modelo abstrato, que se apresenta o controle incidental ou concreto de normas, presente no Brasil há mais de um século.

Sobre as características atribuídas a este modelo de controle, que tem como fundamento os preceitos da *judicial review* norte americana, merecem destaque as considerações a seguir.

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, na forma que se apresenta no Brasil, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal¹³⁸. Se no decorrer de um processo de sua competência surgem dúvidas acerca da compatibilidade da lei suscitada ao caso com os ditames da Constituição, antes do provimento final da causa, o juiz ou tribunal deverá julgar o incidente.

Nesse sentido, a questão constitucional a ser debatida trata-se de questão prejudicial, na medida em que “precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal¹³⁹”.

No mesmo passo, a argüição incidental de inconstitucionalidade pode ocorrer em processos de qualquer natureza (conhecimento, execução ou cautelar)¹⁴⁰, no “rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional¹⁴¹”, sendo assegurado a qualquer das partes demandantes, ao Ministério Público, bem como aos terceiros que participem do processo suscitá-la. A única exigência para o seu exercício é que “o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração em tese da inconstitucionalidade da lei¹⁴²”. Em outros termos, a finalidade da via difusa deve ser a garantia da proteção de um direito atingido pela lei contestada, e não “a decretação da inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre as partes¹⁴³”.

[...] originariamente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional. A parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1111-11151.

¹³⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.85

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.83

¹⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.83

que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional. Tal limitação da arguição de inconstitucionalidade a uma tese de defesa já não subsiste, mas o réu, por certo, continua a poder utilizar o argumento em resposta a sua demanda¹⁴⁴.

Quanto a forma como se processa no âmbito dos tribunais, a partir da Constituição de 1934 estabeleceu-se que para a declaração de inconstitucionalidade nestes órgãos é necessária a anuência da maioria absoluta dos seus membros ou, da maioria do órgão especial – inovação trazida com a reforma de 1977 –, por força do princípio da *reserva de plenário* (previsão constante do artigo 97 do Texto Magno em vigor)¹⁴⁵.

Assim, caso o órgão fracionário competente pelo julgamento do processo acolha “a arguição de inconstitucionalidade- isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional-, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial¹⁴⁶”, que decidirá se a norma é constitucional ou não. Ficando o processo suspenso no órgão fracionário, após o pronunciamento do pleno, os autos retornarão para o provimento final.

Em outro passo, caso o órgão fracionário não acolha a arguição de inconstitucionalidade, entendendo pela constitucionalidade da norma, poderá julgar a matéria sem a necessidade de submetê-la ao pleno ou órgão especial¹⁴⁷.

Regulando a matéria, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relato, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida questão ao tribunal pleno¹⁴⁸.

A esse fenômeno, a doutrina convencionou chamar de *cisão funcional*.

No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a *cisão funcional* da competência, pela qual o pleno (ou o órgão especial) decide a questão

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.81-82.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1083-1150.

¹⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.90

¹⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22/04/2011.

constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial¹⁴⁹.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento do incidente observará regras específicas consolidadas nos artigos 176 a 178 do seu Regimento interno. “A submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário, a ser feita por qualquer das turmas, independe de acórdão, devendo apenas ser previamente ouvido o Procurador-Geral da República¹⁵⁰”. Ao contrário do que ocorre nos demais tribunais “após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade, o plenário julgará diretamente a causa¹⁵¹”.

A exceção ao princípio da *reserva de plenário* encontra-se prevista no parágrafo único do artigo 481 do CPC, o qual estabelece que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão¹⁵²”.

Portanto, tendo o pleno ou órgão especial daquele tribunal ou ainda, o STF se manifestado sobre a matéria, a não ser que se cuide de releitura do dispositivo, não é necessária nova submissão. De certa forma, atribui-se então, certa vinculatividade às decisões anteriores.

Assim, observando que a decisão acerca da questão constitucional que vai a plenário refletirá em outros casos idênticos, também tem se admitido no Brasil, em analogia ao que ocorre no Direito norte americano, a figura o *amicus curiae*.

A Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999, que tratou do processo e do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, determinou o acréscimo de três parágrafos ao art. 482 do CPC, prevendo a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado, dos legitimados para a propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição e ainda, por deliberação do relator de outros órgãos ou entidades. Essa última possibilidade identifica-se com a figura do *amicus curiae*(...)¹⁵³.

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.90

¹⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.113

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.113

¹⁵² BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22/04/2011.

¹⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.91

Importante ressaltar que a habilitação no processo na qualidade de “amigo da corte”, “não constitui direito subjetivo, ficando a critério do relator¹⁵⁴”, todavia, se admitida, garante ao habilitado o direito à sustentação oral.

Quanto à eficácia da decisão proferida, a princípio repercute seus efeitos apenas entre as partes do processo – *inter partes*-, tendo os seus efeitos regulados no tempo em observância a teoria da nulidade, segundo a qual “a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente¹⁵⁵”. Deste modo, “a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos¹⁵⁶” – efeito *ex tunc*.

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direito ou obrigações legitimamente exigíveis¹⁵⁷.

Todavia, é possível vislumbrar situações em que não é viável a eliminação plena dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. Nesse sentido é que a jurisprudência tem evoluído para permitir a modulação dos efeitos da decisão no controle incidental:

[...] o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados (v. supra). Nos últimos anos, multiplicaram-se esses casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do artigo 27 da Lei 9.868/99 e outras vezes sem referencia a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal¹⁵⁸.

Quanto ao alcance dessa decisão que, como estudado, a princípio, repercute somente “entre as partes”, quando a inconstitucionalidade da lei for declarada pelo Supremo Tribunal Federal, há de se observar regra específica. “Nesse caso, a tradição brasileira,

¹⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.177

¹⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.116

¹⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.116

¹⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.116

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.118

iniciada com a Constituição de 1934, prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal¹⁵⁹, que, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988, poderá suspender no todo ou em parte a execução da norma declarada inconstitucional.

A razão histórica – e técnica – da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isto é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo¹⁶⁰.

Dessa forma, embora a rigor se considere que no modelo de controle incidental brasileiro a eficácia da decisão produza efeitos “*inter partes*”, por meio de resolução expedida pelo Senado Federal, a decisão do Supremo poderá ser ter seus efeitos estendidos para atingir eficácia “*erga omnes*”.

Acerca do papel desempenhado pela Casa Parlamentar, vale ressaltar as características que lhe são atribuídas pela doutrina: a) trata-se de atuação discricionária; b) Só é exercitável diante de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo na forma incidental; c) inclui todos os atos normativos – ainda que estaduais ou municipais – declarados inconstitucionais por aquele tribunal; e d) embora com divergências doutrinárias, para a maioria, garante efeitos *ex tunc* a decisão da Corte¹⁶¹.

Em visão crítica a este instituto, que será melhor discutido no próximo capítulo, discorre Luis Roberto Barroso:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934,

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.119

¹⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.120

¹⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.120-121

já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei.¹⁶² *(grifos nossos)*

Segue, então, argumentando, que seria uma verdadeira afronta ao princípio da economia processual “obrigar um dos legitimados do artigo 102 a propor uma ação direta para produzir uma decisão” que já se conhece.

5.2 O exercício do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos judiciais também exerce a fiscalização das normas por meio da via de exceção. Poderá fazê-lo em sede de recursos ordinários ou extraordinários e nos processos de sua competência originária. “Todavia, é em sede de recurso extraordinário que a Corte Suprema desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos¹⁶³”.

O artigo 102, inciso III da Constituição Federal de 1988 elenca as hipóteses em que o recurso extraordinário é cabível. Quanto às hipóteses previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, fica evidente o trato explícito de matéria constitucional.

- a) contrariar dispositivo Constitucional
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição¹⁶⁴.

Já no tocante a hipótese consignada na alínea *d* do mesmo dispositivo – julgar válida lei local em face de lei federal¹⁶⁵ –, trata-se de inovação trazida pela Emenda Constitucional n.45/2004 e, muito embora a primeira vista não explicita caso de afronta a Carta Magna, em um olhar mais apurado pode-se concluir que em um conflito entre lei local e lei federal, na maioria das vezes, estará envolvida uma questão constitucional¹⁶⁶.

Quanto ao processamento do recurso extraordinário, seu juízo de admissibilidade se divide em dois momentos. O primeiro deles, que se destina “a verificar a

¹⁶² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.121-122

¹⁶³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.93

¹⁶⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

¹⁶⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

¹⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

configuração de alguma das hipóteses constitucionais de cabimento e o atendimento aos requisitos formais¹⁶⁷ – lembrando que nesta via recursal devem ser suscitadas apenas as questões de direito já *prequestionadas* no juízo *a quo*-, é exercido “pelo presidente do tribunal recorrido, que poderá delegar a função ao vice-presidente ou alguns deles, onde houver mais de um¹⁶⁸”. Dessa decisão, caberá agravo para o Supremo Tribunal Federal, a quem “compete realizar o juízo definitivo sobre a admissibilidade¹⁶⁹”.

Ocorre que, com a interpretação que se garante ao Texto Constitucional e a consequente irradiação dos seus valores pelos demais ramos do ordenamento jurídico, multiplicaram-se as hipóteses em que diante de uma afronta direta ou indireta a Constituição ensejaram o cabimento de recurso extraordinário.

Neste ínterim, para solucionar a sobrecarga de processos tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, surgiu a necessidade de limitar o acesso irrestrito àquela corte.

Para atingir o objetivo pretendido foi então editada a Emenda Constitucional n.45/2004, intitulada “Reforma do Judiciário” que, introduzindo um novo parágrafo no art. 102 da Constituição, inseriu mais um requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário: “a repercussão geral da questão constitucional discutida¹⁷⁰”.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros¹⁷¹.

O instituto foi regulamentado pelo código de processo civil vigente que exige ao recorrente a demonstração de repercussão geral como pressuposto para que o tribunal discuta o mérito da questão. O parágrafo primeiro do artigo 543 do CPC define em termos gerais as hipóteses em que haverá repercussão geral, deixando a cargo do legislador e do próprio STF o estabelecimento de seus controles mais precisos¹⁷². “Ao contrário do que

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.96

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.96

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.97

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.101

¹⁷¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

¹⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ocorre em relação aos demais requisitos de admissibilidade¹⁷³”, a análise da repercussão geral é atribuição exclusiva do Supremo, “não se admitindo avaliação prévia pelo órgão *a quo*¹⁷⁴”.

No direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Uma das formas mais comuns é permitir que exerçam algum grau de controle sobre as causas que irão apreciar. A principal justificativa para tal discricionariedade é promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, por vezes repetidas à exaustão.¹⁷⁵

Como inspiração à novidade introduzida no Brasil, pode então ser relembrando o instituto do “*writ of certiorari*”, outrora explicitado neste trabalho, oriundo do direito constitucional norte-americano.

Assim, seguindo a lógica do “*writ of certiorari*”, a repercussão geral

Trata-se de um mecanismo de filtragem que torna o recurso extraordinário realmente excepcional, pois pode fazer com que ele deixe de ser visto como um direito do jurisdicionado. Destaca-se, assim, o aspecto objetivo do recurso extraordinário, e atribui-se maior valor às (espera-se que poucas) causas que venham a ter o seu mérito decidido pelo STF (já que terão maior visibilidade).¹⁷⁶

Ao mesmo tempo, trata-se de um instrumento que fortalece a “jurisdição constitucional difusa exercida pelos tribunais inferiores”, quando garante àqueles tribunais maiores oportunidades de proferirem decisões com forças definitivas.¹⁷⁷

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.105

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.105

¹⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.102

¹⁷⁶ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br/>, acesso em: 14/04/2011. P.100.

¹⁷⁷ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br/>, acesso em: 14/04/2011. P.100.

3. A PROPOSTA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DA DOCTRINA DA *JUDICIAL REVIEW*, E O OBSTÁCULO DA SÚMULA VINCULANTE.

1. A proposta de mutação constitucional: os argumentos.

Conforme explanado no primeiro capítulo do presente trabalho, o qual se prestou à análise dos votos já proferidos na reclamação n. 4.335/5 AC, por intermédio da referida medida interposta perante o Supremo Tribunal Federal, a Defensoria Pública da União do Estado do Acre se insurgiu contra decisões proferidas pelo Juiz das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco Estado do Acre, as quais indeferiram o benefício da progressão de regime a condenados por crimes hediondos¹⁷⁸, sob a alegação de que:

Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado ‘*incidenter tantum*’ a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria, que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes. Para que se estenda os seus efeitos *erga omnes*, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso[...]¹⁷⁹.

Iniciado o julgamento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na qualidade de relator, opinou pela procedência da reclamação propondo uma releitura do papel estabelecido no controle de constitucionalidade concreto ao Senado Federal pela Carta Magna de 1988.

Segundo ele, “hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade¹⁸⁰”. Sendo assim, “se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais (...) ¹⁸¹”, cabendo ao Senado Federal, apenas publicá-la.

Por esta medida a decisão proferida pelo Supremo no âmbito HC 82.959/SP traria em seu bojo força normativa necessária para suspender a execução do art. 2º §1º da Lei

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.01-02.

¹⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.07.

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.53-54.

¹⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.54.

8.072/90 – declarado incidentalmente inconstitucional-, independentemente de Resolução da alta Casa Parlamentar.

De forma simplificada, tais foram os argumentos elencados pelo Ministro para a justificação da sua proposta:

a) Limitando-se a análise do instituto da resolução do Senado Federal sob a égide da Constituição Republicana de 1988 (artigo 52, inciso X) sustenta o Eminentíssimo relator que diante da amplitude que se deu ao controle abstrato de normas, não existe justificativa para a decisão proferida no controle incidental valer somente entre as partes, revelando -lhe “uma índole exclusivamente histórica¹⁸²”. A seu ver, quando o instituto foi adotado no Brasil, no texto constitucional de 1934, fundava-se em uma concepção de divisão de poderes, hoje superada. Nesse sentido, embora preservado até a Constituição vigente, perdeu em grande parte o seu significado¹⁸³.

b) Enfatiza “que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal¹⁸⁴”, nesse sentido “não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal¹⁸⁵”;

c) Reforçando sua tese (o Ministro) trás à tona o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no RE 190.728, de que já existindo naquela Corte pronunciamento sobre a constitucionalidade de determinada lei, é dispensada nova submissão daquela matéria ao plenário – consoante prevê artigo 97 da Constituição Federal -, podendo, a partir da deliberação inicial, os órgãos parciais de outros tribunais acolhê-la para fundamentar suas decisões em casos concretos ulteriores¹⁸⁶.

Segundo ele, “a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse

¹⁸²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.25.

¹⁸³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.31.

¹⁸⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

¹⁸⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

¹⁸⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.28-30.

entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998)¹⁸⁷;

d) Para o Relator, outra incongruência do modelo atual se revela quando embora jurisprudência do próprio Supremo reitere os ensinamentos americanos no sentido da inexistência jurídica da lei declarada inconstitucional - teoria da nulidade da lei inconstitucional-, a interpretação que se concede ao artigo 52, X, da Constituição Federal negue a sua concretização¹⁸⁸.

f) No mesmo sentido elenca diversas hipóteses em que é possível vislumbrar, ainda que em sede de controle incidental, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, força vinculante sem a necessidade de manifestação do Senado;

g) Segue destacando que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental¹⁸⁹”;

h) E, ao fim, ressalta que o incremento da súmula vinculante no direito brasileiro teria “reforçado a idéia de superação do referido artigo 52, inciso X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal¹⁹⁰”.

Na sequência, se pronunciou o Ministro Eros Grau que, acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, enfatizou que o que se pretende não é uma mera reinterpretção do Texto Constitucional, mas sim uma autêntica mutação constitucional - definida como a substituição de um texto por outro¹⁹¹.

Onde agora se lê “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do

¹⁸⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.50.

¹⁸⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.39-40.

¹⁸⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.52.

¹⁹⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.56.

¹⁹¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.3

Supremo Tribunal Federal¹⁹²”, passará a ser lido “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”¹⁹³.

Após, combatendo a proposta do Ministro Relator, foi a vez de o Ministro Sepúlveda Pertence se manifestar¹⁹⁴, sob tais premissas:

a) Argumentou o Ministro Sepúlveda Pertence que a diferença entre os modelos de controle direto e difuso de constitucionalidade no Brasil, assenta-se nos efeitos de suas decisões. No controle direto, a decisão judicial da Suprema Corte prescinde de deliberação do Senado para causar efeitos *erga omnes*, enquanto que no incidental, tendo apenas eficácia relativa, é preciso somar-se ao ato do Senado, para estender-se a todos¹⁹⁵; e

b) Que a mutação constitucional proposta já não é mais necessária na medida em que o mecanismo da súmula vinculante, já garante àquela Corte o objetivo que pretende a mutação. A seu ver “a Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade¹⁹⁶” das decisões da Corte, “dispensa essa intervenção¹⁹⁷”.

Seguindo a linha do Ministro Sepúlveda Pertence, a seguir, proferiu voto o Ministro Joaquim Barbosa, enfatizando que a possibilidade de edição de súmula vinculante com aplicação geral pela Corte seria suficiente para manter o entendimento tradicional acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade¹⁹⁸.

Ademais, ressaltou que para a ocorrência da mutação proposta pelo ilustre Relator seriam necessários os seguintes fatores: “o decurso de um espaço de tempo maior,

¹⁹²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.10

¹⁹³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.10

¹⁹⁴Vale ressaltar que no entendimento do Ministro a proposta de mutação constitucional ora suscitada poderia ser vista por posições mais radicais como um verdadeiro Golpe de Estado, do qual (afirma) o Poder Judiciário não está imune. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito.

¹⁹⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 05-06.

¹⁹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

¹⁹⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

¹⁹⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 03.

para constatação dessa mudança, e a conseqüente e definitiva “désetude” do dispositivo¹⁹⁹”. Quanto ao segundo fator, observando que, nos últimos anos, diversas normas declaradas inconstitucionais pela Corte tiveram sua execução suspensa por intermédio da Casa Parlamentar, concluiu por enxergar o instituto disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, como um complemento das decisões proferidas pelo Supremo, e não um obstáculo²⁰⁰.

Neste passo, estando a reclamação 4335-5 AC pendente de julgamento até o presente momento (10/02/2011 Vista – Devolução dos autos para julgamento²⁰¹), são estes os argumentos postos em debate.

2. A legitimidade da proposta em conformidade ao modelo de controle jurisdicional norte-americano.

Este segundo tópico destina-se a análise da proposta de mutação constitucional suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes – considerando as características atuais do controle de constitucionalidade brasileiro pela via difusa –, com o fim de discutir a sua legitimidade, à luz do modelo jurisdicional de controle das normas norte-americano.

Rompendo com o entendimento de que as decisões proferidas em sede de Controle de Concreto tratam de interesse meramente subjetivos – devendo, a princípio, repercutir “entre as partes”- observa o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação estudada que, hodiernamente, no Brasil, o aumento da importância dos precedentes do STF tem transformado o caráter de suas decisões, com repercussões cada vez mais objetivas, assim como ocorre com as decisões da Suprema Corte nos Estados Unidos.

Sustenta o Ministro que diante da amplitude que se deu ao controle abstrato de normas, não existe justificativa para a decisão proferida no controle incidental valer

¹⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 04.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 04-05.

²⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC - andamento**. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02/04/2011.

somente entre as partes, revelando “uma índole exclusivamente histórica”²⁰², ao papel do Senado Federal.

Enfatizando a necessidade de releitura do instituto, o Relator segue destacando que as decisões emanadas pelo Supremo na via difusa, por si só, em várias hipóteses, transcendem as situações particulares postas em exame, influenciando ou até mesmo vinculando decisões futuras de outros juízos.

É neste contexto que o seu discurso pretende aproximar a prática brasileira do modelo norte-americano, à medida que pugna pela releitura do artigo 52, inciso X, da CF de 1988 a fim de que a resolução expedida pelo Senado Federal tenha o simples condão de publicizar o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Supremo na via de exceção²⁰³.

Por esta medida, “se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais (...)”²⁰⁴, assim como ocorre nos Estados Unidos, onde o alcance do juízo de inconstitucionalidade emanado pela Suprema Corte que a princípio vigoraria “*entre as partes*”, pela tradição do *stare decisis*, carrega efeitos gerais (*erga omnes*)²⁰⁵.

Quanto às feições principais daquele modelo, vale relembrar que:

[...] perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valoriza o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva²⁰⁶.

No direito pátrio, em reforço à proposta do Ministro Gilmar Mendes, esta tendente objetivização pode ser constatada quando se verifica a incorporação paulatina de institutos inspirados naquele direito.

Quanto à abertura da via processual:

²⁰²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.25.

²⁰³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.53-54.

²⁰⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.54.

²⁰⁵BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.120

²⁰⁶MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade, módulo V**. EMAGIS, 2006. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>>. Acesso em:21/04/2011. P.129.

A Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999, que tratou do processo e do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, determinou o acréscimo de três parágrafos ao art. 482 do CPC, prevendo a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado, dos legitimados para a propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição e ainda, por deliberação do relator de outros órgãos ou entidades. Essa última possibilidade identifica-se com a figura do *amicus curiae*(...)²⁰⁷

Já em comparativo ao *writ of certiorari* pode ser lembrado o instituto da “repercussão geral” - melhor explanado no segundo capítulo deste trabalho – inserido na Constituição Federal vigente por intermédio da Emenda Constitucional n.45/2004, como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Este instituto foi criado à semelhança do *writ of certiorari*, que se transformou, no século XX, na principal forma de acesso à Suprema Corte norte-americana, conferindo-lhe ampla discricionariedade na escolha dos casos que serão analisados naquela instância²⁰⁸.

Esta inovação regulamentada pelo código de processo civil torna evidente o caráter objetivo da matéria admitida à discussão, o que, por inferência lógica, deve conferir maior efetividade à decisão proferida pelo Supremo.

No direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Uma das formas mais comuns é permitir que exerçam algum grau de controle sobre as causas que irão apreciar. A principal justificativa para tal discricionariedade é promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, por vezes repetidas à exaustão.²⁰⁹ (*grifos nossos*)

Ainda sobre o instituto argumenta Hugo de Brito Machado que “surgiu para aproximar o controle difuso do denominado controle concentrado de constitucionalidade, no qual o que realmente importa é a repercussão geral da questão constitucional²¹⁰”.

No mesmo sentido defende o ministro Gilmar Mendes que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a

²⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.91

²⁰⁸ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em <www2.dbd.puc-rio.br/>, acesso em: 14/04/2011. P.01.

²⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.102

²¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do recurso extraordinário - repercussão geral das questões constitucionais. **Revista dialética de direito processual**, v. 34, p. 41-52, nov. 2006.

distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental²¹¹”.

Veja-se que sob esse ponto de vista cai por terra um dos argumentos suscitados no pelo Ministro Sepúlveda Pertence na discussão. A seu ver, a proposta de mutação constitucional sugerida restaria prejudicada pelo fato de a diferença entre os modelos de controle direto e difuso de constitucionalidade no Brasil assentar-se nos efeitos de suas decisões.

Pelo já visto, é possível concluir pela inconsistência desse posicionamento na medida em que a lógica do sistema de controle de constitucionalidade permite a evolução proposta para ampliar o alcance das decisões do Supremo, o que de certa forma, em alguns julgados, já ocorre, independente de manifestação pelo Senado.

De outra sorte,

repelir decisões discrepantes dentro do mesmo território nacional e para casos semelhantes, quando não idênticos, é uma pura manifestação da segurança jurídica almejada por toda a sociedade, evitando dúvidas quanto à correta interpretação constitucional e, conseqüentemente, fortalecendo a Lei Maior da República²¹².

Quanto aos efeitos do juízo de inconstitucionalidade no âmbito temporal, muito embora os dois países reiterem os ensinamentos no sentido da inexistência jurídica da lei declarada inconstitucional – teoria da nulidade absoluta-, em ambos já se consolida o entendimento que admite a modulação dos efeitos dessa decisão, levando em conta as particularidades de cada caso. O julgado que definiu esta postura nos Estados Unidos foi o *Linkletter vs. Walker*²¹³. Na ocasião se estabeleceu que em relação a terceiros, o entendimento adotado pela Corte pode ser mitigado de retroatividade²¹⁴.

Já no Brasil, argumenta o Relator, que “a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*) (...) parece debilitar, fortemente, a intervenção do

²¹¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.52.

²¹²SOUZA, Cybelle Rodrigues de. Influência das regras de "common law" através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18258>>. Acesso em: 15/04/2011.

²¹³PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em<<http://www2.dbd.puc-rio.br>>, acesso em: 14/04/2011. P.18.

²¹⁴PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006, Disponível em<<http://www2.dbd.puc-rio.br>>, acesso em: 14/04/2011. P.18.

Senado Federal²¹⁵”, nesse sentido “não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal²¹⁶”.

Por outro ponto, se se aplica em plenitude a teoria da nulidade absoluta, a interpretação que se confere ao artigo 52, X, da Constituição Federal nega a sua concretização, transparecendo uma incongruência no sistema atual²¹⁷.

Nessa esteira, observando que a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso se torna cada vez mais obsoleta, ou nos dizeres de Luis Roberto Barroso “um anacronismo²¹⁸”, conclui-se que o direito brasileiro, acompanhando o paradigma americano, caminha para aceitar a abstrativização das decisões conferidas neste processo pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a via difusa, com o passar dos anos, perde a característica de um modelo voltado para posições exclusivamente subjetivas e caminha para garantir a defesa objetiva da Ordem Constitucional.

Que esta é uma realidade incontestável já se sabe, *todavia, há que se analisar a viabilidade da mutação constitucional proposta, destacando o papel peculiar que o instituto da Súmula Vinculante desempenha no ordenamento brasileiro.*

3. O obstáculo da súmula vinculante: o papel desempenhado pelo instituto no direito brasileiro.

Na discussão que ora se impõe os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa dividem entendimento no sentido de que a proposta de mutação constitucional sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes, não merece prosperar, na medida em que a atribuição que hoje se dá ao Senado não é um empecilho a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal atribuir eficácia *erga omnes* as suas declarações, até porque, fundamentado na relevância da questão, poderá o tribunal editar súmula vinculante com aplicação geral.

Para discutir a pertinência deste argumento, necessárias se fazem algumas considerações acerca do instituto da súmula vinculante.

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.27.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.39-40.

²¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.P.121-122

“O efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade²¹⁹”. No Brasil, remonta à fase colonial, desde as “Ordenações Filipinas – a partir dos Assentos da Casa de Suplicação²²⁰”.

Com o passar dos anos, com a interpretação que se garantiu ao Texto Constitucional e a conseqüente irradiação dos seus valores pelos demais ramos do ordenamento jurídico, multiplicaram-se as hipóteses em que diante de uma afronta direta ou indireta a Constituição ensejavam o cabimento de recurso extraordinário.

Neste contexto, para solucionar a sobrecarga de processos tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, emergiram no ordenamento jurídico os institutos da repercussão geral- abordado no segundo capítulo- e da súmula vinculante, como um poderoso instrumento contra o descrédito da Corte, que se via abarrotada de recursos com idêntico objeto.

A súmula vinculante, “como o próprio nome indica²²¹”, trata-se de um enunciado elaborado pela Corte com “o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública” às suas orientações²²².

“Decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental²²³”, podendo “ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das turmas²²⁴”.

Este poderoso instrumento à disposição do Supremo foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que lhe outorgou as seguintes características:

a) a sua edição, rescisão e cancelamento dependem de decisão tomada por dois terços dos membros do STF;

b) Tem eficácia imediata, podendo o STF por 2/3 de seus membros modular os seus efeitos;

²¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1008.

²²⁰VAZ, Deivid Sarmiento. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/12318>>. Acesso em: 05/05/2011.

²²¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1009.

²²²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1009.

²²³MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 327.

²²⁴MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 327.

c) São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares; e XII- O Município, incidentalmente, no curso de processo em que seja parte; e

d) Para garantir a sua autoridade será cabível o ajuizamento de reclamação perante o Supremo.

Sobre a natureza jurídica deste instituto preleciona Marco Antonio Muscari:

A súmula vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio²²⁵.

Nesse sentido, há que ser ressaltada a aproximação existente entre o instituto da súmula vinculante e a doutrina do *stare decisis* americano.

Sabe-se que

[...] o precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial²²⁶.

Retomando as explanações tecidas no segundo capítulo deste trabalho acerca do modelo de controle norte-americano, é possível concluir no sentido de que por meio da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal explicita a *ratio decidendi* de seus julgados, que passa a vincular casos jurídicos posteriores substancialmente idênticos.

²²⁵MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.53.

²²⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.1010.

Em outras palavras, a súmula vinculante pode então ser vista como um enunciado exposto do precedente, na parte em que se lhe atribui efeito vinculante - *ratio decidendi*.

Assim como no direito norte-americano, no direito pátrio, o juiz fica vinculado a análise do caso no sentido de identificar a sua semelhança ou dessemelhança com a matéria decidida pela Corte Suprema. Sendo que naquele país, lhe cabe ainda a tarefa de distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum* dos precedentes²²⁷.

Nesse sentido, retomando a discussão central deste trabalho, ressalta o Ministro Gilmar Mendes que o incremento da súmula vinculante no direito brasileiro teria “reforçado a idéia de superação do referido artigo 52, inciso X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal²²⁸”.

Para o Ministro

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto de declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade²²⁹.

Todavia, levando em consideração, por tudo já exposto, que a proposta de releitura do dispositivo constitucional por ele suscitada – art.52, inciso X, da CF - se conforma no modo como é exercido o controle jurisdicional norte-americano, há que se observar que embora no Brasil através do enunciado vinculante se garanta efetividade geral a decisão do Supremo, a forma como ocorre se distancia da prática adotada pela Suprema Corte norte-americana²³⁰. Naquele país, “o julgador do caso pretérito não explicita o que constitui *ratio decidendi* e o que deve ser entendido como *obiter dictum*²³¹”, ficando esta tarefa a cargo do responsável pelo julgado posterior.

²²⁷MUSCARI. Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.83.

²²⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011. P.56.

²²⁹MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 329.

²³⁰MUSCARI. Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.84.

²³¹MUSCARI. Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P.83.

Por outro ponto, observa-se que para a edição do enunciado vinculante o legislador brasileiro consignou necessário o pronunciamento favorável da maioria de dois terços dos Ministros do Supremo, transparecendo maior rigidez do que a forma como se processa no direito estadinudense, onde por decisão da maioria da Suprema Corte o precedente torna-se vinculativo.

Sob tais aspectos é possível concluir então que a instituição da súmula vinculante no Brasil garantiu identidade própria ao direito pátrio. Em outras palavras, a EC n. 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensa essa intervenção, garantido-lhe a faculdade de ampliar os efeitos de suas decisões²³².

Dessa forma, há de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, não sendo legítimo ao Supremo promover a mutação proposta.

²³²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito. P. 06.

CONCLUSÃO

No capítulo introdutório foram destacados os argumentos contrários e favoráveis a proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Carta Magna vigente, merecendo destaque dentre eles o que aponta no sentido de que, hodiernamente, é possível vislumbrar, ainda que em sede de controle incidental, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, eficácia geral - sem a necessidade de manifestação do Senado- e, em contrapartida o que aduz que o incremento da súmula vinculante no Brasil, já garante os efeitos que pretende a mutação.

Os anos que se seguiram desde a constituição de 1824 no Brasil, até os dias de hoje, com a constituição de 1988 foram marcados pela influência do direito americano. No segundo capítulo, deixou-se claro que o controle difuso presente no direito pátrio tem suas raízes fincadas naquele outro sistema. Esta tendência restou confirmada quando no terceiro capítulo pôde ser constatada a incorporação paulatina no Brasil de institutos à semelhança dos vigentes nos Estados Unidos.

Neste sentido, argumentou-se que a proposta suscitada quer demonstrar que a evolução do sistema de controle brasileiro dá mais um passo para se conformar aos moldes da doutrina norte- americana.

Assim, pela releitura sugerida, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão de que determinada lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, aproximando-se da prática dos Estados Unidos, onde o juízo de inconstitucionalidade emanado pela Suprema Corte, que a princípio vigoraria “*entre as partes*”, pela tradição do *stare decisis*, alcança efeitos *erga omnes*.

Concordando que o controle jurisdicional concreto no Brasil tende a uma objetivização pela incorporação de institutos oriundos do direito norte americano, tais como o mecanismo da “repercussão geral” -inspirado no “*writ of certiorari*”- e a figura do “*amicus curiae*” assentada no Código de Processo Civil, no capítulo derradeiro deste trabalho, foi trazido ao debate o argumento contrário à medida proposta pelo Ministro Gilmar, suscitado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa – no julgamento da reclamação 4.335-5/AC –, segundo o qual, o instituto da “súmula vinculante” já garante ao Supremo Tribunal Federal o poder que se pretende com a mutação do dispositivo constitucional.

Ali foram tecidas considerações acerca do instituto em comparativo com a doutrina do *stare decisis*, que impõe o dever de diferenciar nos precedentes da Suprema Corte americana a “*ratio decidendi*” dos “*obiter dicta*”.

Pelo estudo foi possível concluir que o instituto brasileiro pode ser visto como um enunciado expresso do precedente do Supremo Tribunal Federal, na parte em que se lhe atribui efeito vinculante - *ratio decidendi*.

Nos Estados Unidos, o julgador do caso pretérito não explicita o que constitui *ratio decidendi* e o que deve ser entendido como *obiter dictum* dos seus julgados, ficando esta tarefa a cargo do responsável pelo julgado posterior. No direito brasileiro, a edição de súmula vinculante - que exige a maioria favorável de dois terços dos Ministros - torna expressa a *ratio decidendi* dos julgados da Corte.

Assim, muito embora a releitura proposta pelo Ministro Gilmar Mendes se conforme no modo como é exercido o controle jurisdicional norte-americano, há que se observar que o enunciado vinculante, que garante efetividade geral as decisões do Supremo Tribunal brasileiro, faz com que a prática adotada nesse país se distancie da exercida pela Suprema Corte norte-americana, conferindo ao direito pátrio, identidade própria.

Por outro ponto, observa-se que para gerar força vinculante aos pronunciamentos do Supremo, o legislador brasileiro consignou necessário o pronunciamento da maioria qualificada dos membros do Tribunal, transparecendo maior rigidez do que a forma como se processa no direito estadinudense, onde por decisão da maioria da Suprema Corte o precedente torna-se vinculativo.

Sob tais aspectos conclui-se então que a instituição da súmula vinculante no Brasil constitui óbice à proposta de mutação constitucional sugerida, na medida em que revela a intenção do legislador em atribuir identidade ao direito pátrio diferenciada do modelo americano. Dessa forma, deve prevalecer o posicionamento que defende que a possibilidade de edição de súmula vinculante com aplicação geral pela Corte é suficiente para manter o entendimento tradicional acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/113/101>> Acesso em: 17/04/2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-SP**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217>> Acesso em: 31/03/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 1.880-6 SP - Agravo**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+1880%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+1880%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03/04/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 4335-5 AC - andamento**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 02/04/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5 AC – decisão liminar**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 30/03/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – confirmação de voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 02/04/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro Joaquim Barbosa.** Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5 AC – voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence.** Acervo do Supremo Tribunal Federal. Acesso Restrito.

BRASIL, Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm >. Acesso em:
 22/04/2011.

BRASIL, Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm >. Acesso em:
 22/04/2011.

BRASIL, Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em <
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm> >. Acesso em:
 22/04/2011.

BRASIL, Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de Novembro de 1965.** Disponível em <
<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>.
 Acesso em: 22/04/2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/04/2011.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22/04/2011.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** Revista Forense, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do recurso extraordinário - repercussão geral das questões constitucionais. **Revista dialética de direito processual**, v. 34, p. 41-52, nov. 2006.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**, Tradução de Américo Lobo Leite. Pereira. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade**, módulo V. EMAGIS, 2006. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=207>. Acesso em: 21/04/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf. Acesso em: 13/03/2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira **Tratado de direito constitucional**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, Anderson Santos dos. **A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7496 . Acesso em 22/04/2011.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e writ of certiorari**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em < <http://www2.dbd.puc-rio.br> >, acesso em: 14/04/2011.

SILVA, Antonio Alves da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo, LTr, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

SOUZA, Cybelle Rodrigues de. Influência das regras de "common law" através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18258> >. Acesso em: 15/04/2011.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

VAZ, Deivid Sarmiento. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/12318> >. Acesso em: 05/05/2011.